This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

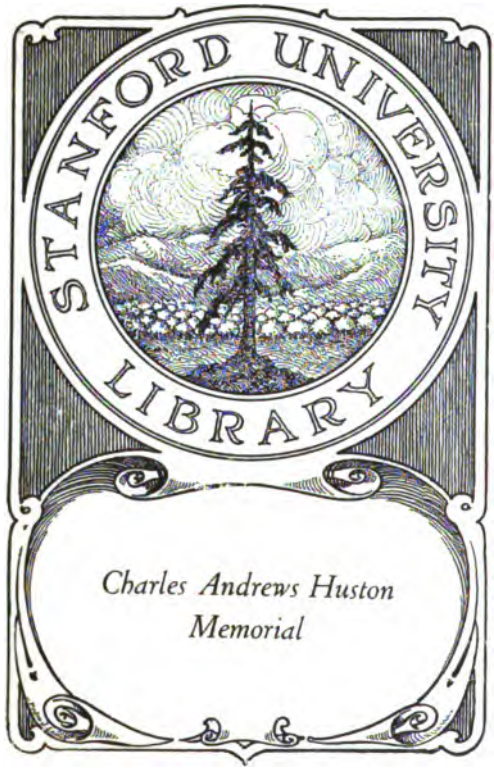
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
Charles Andrews Huston
Memorial

G. Hastenrath

EY
LVE
EKm7
v. 3

Lehrbuch

der

Pandekten.

Von

Dr. **Karl Adolph von Vangerow,**

Großherzoglich Badiſchem Geheimenrath und ordentlichem Profeſſor des Rechts zu Heidelberg, Kommandeur erſter Klaſſe des Ordens vom Zähringer Löwen, Ritter des Kaiſerlich Ruſſiſchen St. Stanislaus-Ordens zweiter Klaſſe mit Stern.

Dritter Band.

Siebente vermehrte und verbeſſerte Auflage.

STANFORD LIBRARY

Marburg und Leipzig.
N. G. Elwert'ſche Univerſitäts-Buchhandlung.
1869.

368538

STANFORD LIBRARY

Dritter Band.

Die Obligationen.

Vorrede zur ersten Auflage.

In dem Vorworte zum zweiten Bande sprach ich die Hoffnung aus, daß dieser dritte und letzte Band dem zweiten ungleich schneller folgen werde, als dieser dem ersten gefolgt sei. Diese Hoffnung ist nicht in Erfüllung gegangen, und ich muß deßhalb um Nachsicht bitten. Gerade im Obligationen-Rechte waren vielfach so tief eingehende Untersuchungen nöthig, daß es mir ungeachtet aller Anstrengung nicht möglich war, das Werk früher zu vollenden. Die Mehrzahl der Anmerkungen forderte eben so umfassende Vorarbeiten, wie eigentliche monographische Darstellungen, und das dadurch gewonnene überreiche Material so zu konzentriren und zu sichten, wie es der Zweck dieses Buches erheischte, gehörte zu den schwierigsten Theilen meiner Aufgabe. Hätte das Werk drei- oder viermal stärker ausfallen dürfen, so würde der Umfang meiner Vorarbeiten äußerlich mehr hervorgetreten sein, und die Arbeit selbst wäre viel leichter gewesen.

Heidelberg, im September 1846.

Der Verfasser.

Vorrede zur ſechſten Auflage.

Eben ſo, wie bei den zwei erſten Theilen, habe ich auch bei dem dritten Bande die darin behandelten Lehren einer ſorgfältigen Reviſion unterworfen, und ſo darf ich mich wohl der Hoffnung hingeben, daß man der jetzt vollendeten neuen Ausgabe dieſes Lehrbuchs das Prädikat einer weſentlich vermehrten und verbeſſerten nicht verſagen wird. Vermehrt iſt ſie um mehr als zwanzig Bogen, und mehr oder weniger eingreifende Berichtigungen und Verbeſſerungen werden dem Leſer in großer Zahl in allen Theilen des Werkes entgegentreten. — — — —

Dem mehrfach geäußerten Wunſche nach einem umfaſſenderen alphabetiſchen Regiſter über das geſammte Werk iſt der Herr Verleger bereitwilligſt nachgekommen. Herr Dr. F. V. Schmidt in Marburg hat die Güte gehabt, daſſelbe anzufertigen, und ich fühle mich gedrungen, demſelben meinen Dank für die Uebernahme dieſer mühſamen Arbeit auszuſprechen.

Heidelberg, im März 1856.

v. Vangerow.

Vorrede zur siebenten Auflage.

Die vorliegende neue Auflage des dritten Bandes enthält, außer einer nicht unbeträchtlichen Zahl neuer größerer Ausführungen (z. B. über datio in solutum, Formalkontrakte im heutigen Rechte, Vertrags-Abschluß unter Abwesenden, Auslobungen, Schuldscheine, Novation und Delegation, Versteigerung, Anerkennung u. s. w.), fast auf jedem Blatte kleinere Zusätze und Berichtigungen. Hierzu gab hauptsächlich die neueste, gerade im Gebiete des Obligationen-Rechts besonders reiche, Literatur Stoff und Veranlassung, und ich darf versichern, daß ich dieselbe nicht blos angeführt, sondern sorgsam geprüft und benutzt habe*).

Lebhaften Dank schulde ich Herrn Dr. Schmidt, welcher so freundlich war, auch für die gegenwärtige Auflage die Ausarbeitung eines umfassenden Registers zu übernehmen.

Heidelberg, im Dezember 1868.

v. Vangerow.

*) Mehrere mir erst nach dem Druck der betreffenden Stellen zugekommene Schriften sind auf der folgenden Seite nachträglich angegeben.

Nachträge.

Zu S. 7. Anm. 2: Siebenhaar, Korreal-Oblig. Abth. II. (1868) S. 208 fgg.

Zu S. 28. §. 570: G. Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt der Geldschulden. Braunschw. 1868. beſ. S. 67 fgg.; Goldschmidt, Handb. des Handelsr. Bd. I. Abth. 2. Erlangen 1868. S. 1060 fgg. beſ. S. 1145 fgg.

Zu S. 59. §. 573: Siebenhaar, Korrealoblig. Abth. II und Abth. III. Leipz. 1868. Vgl. auch Wappäus in Schletter's Jahrbb. XIII. S. 3 fgg.

Zu S. 99: Bechmann in der krit. V. J. S. X. S. 187 fgg. Vgl. auch Bruns, zur Geſchichte der Zeſſion. Berl. 1868.

Zu S. 121. Anm. 4: Waldeck im ziv. Arch. LI. S. 233 fgg.

Zu S. 205. §. 591: Gooſe in Ihering's Jahrbb. IX. S. 197 fgg.

Zu S. 244. §. 600: Heſſe, über das Weſen und die Arten der Verträge im heut. röm. Rechte. Jena 1868. Vgl. auch Bekker in der krit. V. J. S. IX. S. 260 fgg. und Schloßmann, zur Lehre von der causa obligatoriſcher Verträge. Breslau 1868.

Zu S. 248. §. 600: Hauſer, „Vertrags-Antrag, Annahme und Vertragsſchluß"; in Goldſchm. Zeitſchr. für Handelsr. XII. S. 34 fgg.

Zu S. 332. §. 612a: Schloßmann, zur Lehre von der causa oblig. Vertr. S. 66 fgg.

Zu S. 366. §. 619: Witte in der krit. V. J. S. IX. S. 475 fgg.

Zu S. 440. §. 636: *Olshausen*, de auctionis natura. Berol. 1867.

Zu S. 445. §. 639: Vgl. auch Leiſt, Manzipation und Tradition S. 239 fgg. und Bekker in der krit. V. J. S. IX. S. 249 fgg.

Zu S. 463. §. 648: Weis im prakt. Arch. N. F. V. S. 280 fgg. S. 357 fgg.

Zu S. 493. Anm.: Tewes im ziv. Arch. LI. S. 35 fgg.

Zu S. 502: Ruhſtrat in Ihering's Jahrbb. IX. S. 223 fgg.

Zu S. 515. §. 669a: Vgl. auch Schloßmann, zur Lehre von der causa obligator. Vertr. S. 66 fgg., Bekker in der krit. V. J. S. IX. S. 275 fgg.

Zu S. 520. §. 672: Vgl. auch Schloßmann a. a. O. S. 80 fgg.

Zu S. 541. §. 677: Schmidt (von Schwerin bzw. von Roſtock) in der Zeitſchr. für Rechtsgeſch. VIII. S. 25 fgg.

Zu S. 620. T. 3: Rudorff in der Zeitſchr. f. Rechtsgeſch. VIII. S. 62 fgg.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten, Anmerkungen hin).

Fünftes Buch. Das Recht der Forderungen.

Erstes Kapitel. Von der rechtlichen Natur der Obligationen. (S. 4—228).

I. Begriff von obligatio. §. 566.
II. Hauptarten der obligatio. §. 567**.
III. Von den Gegenständen der obligatio.
1. Im Allgemeinen. §. 568.
2. Insbesondere:
A. Von alternativen Obligationen. §. 569**.
B. Von Geldschulden. §. 570*.
C. Verbindlichkeit zum Schadensersatz. §. 571****.
D. Verbindlichkeit zur Leistung einer Privatstrafe. §. 572*.
IV. Von den Subjekten der obligatio.
1. Ursprüngliche Subjekte — insbesondre von der Korreal-Obligation. §. 573*****.
2. Eintritt in ein fremdes Obligations-Verhältniß.
A. Eintritt in ein fremdes Forderungsrecht vermittelst Zession.
a. Begriff und Erfordernisse der Zession. §. 574***.
b. Wirkungen der Zession. §. 575**.
c. Beschränkung der Zession durch die s. g. lex Anastasiana. §. 576**.

B. Uebernahme einer fremden Schuld durch Interzession.
a. Begriff und Arten. §. 577*.
b. Insbesondre:
aa. Fidejussio. §. 578***.
bb. Constitutum debiti alieni. §. 579*.
cc. S. g. mandatum qualificatum. §. 580.
c. Von der Interzession der Frauenzimmer. §. 581***.

V. Von den Wirkungen der obligatio.
1. Von der Verbindlichkeit des Schuldners zur Zahlung.
A. Voraussetzungen der Zahlung.
a. In Betreff der Subjekte. §. 582**.
b. In Betreff des Gegenstandes. §. 583***.
c. In Betreff des Orts. §. 584.
d. In Betreff der Zeit.
aa. Von der Zeit der Zahlung im Allgemeinen. §. 585.
bb. Insbesondre:
aaa. Von der temporären Suspension der Zahlung wegen erzwungener Stundung, Moratorien, cessio bonorum. §. 586.
bbb. Von dem commodum repraesentationis (interusurium). §. 587*.
ccc. Von der mora. §. 588***.
B. Wirkungen der Zahlung. §. 589*.
C. Beweis der Zahlung. §. 590.
2. Von dem Einfluß der obligatio auf periculum und commodum. §. 591*.

VI. Von der Kollision mehrerer Obligationen.
1. Im Allgemeinen. §. 592.
2. Insbesondre im Falle der Insolvenz des Schuldners.
A. Klassifikation der Gläubiger überhaupt. §. 593*.
B. Von dem privilegium exigendi insbesondre. §. 594*.

Zweites Kapitel. Von der Entstehung der Obligationen. (S. 229—345).

I. Uebersichtliche Darstellung der Entstehungsgründe der Obligationen. §. 595.
II. Insbesondere von Entstehung der Obligationen durch Verträge.
1. Begriff und Hauptarten.
A. Begriff von Vertrag. §. 596.
B. Klassifikation der Verträge nach römischem Rechte.
a. Uebersichtliche Darstellung. §. 597.
b. Insbesondre:

aa. Von den Formal-Kontrakten. §. 598.
bb. Von den ſ. g. Innominat-Kontrakten. §. 599*.
C. Von der heutigen Anwendbarkeit der römiſch-rechtlichen Grundſätze. §. 600*.
2. Erforderniſſe eines Vertrags.
A. Rückſichtlich der Subjekte. §. 601.
B. Rückſichtlich des Gegenſtandes. §. 602.
C. Rückſichtlich der nöthigen Willensbeſtimmung.
a. Von dem Weſen des vertragsmäßigen consensus überhaupt. §. 603**.
b. Insbeſondre von dem Einfluſſe
aa. des Irrthums. §. 604*.
bb. des Betrugs und Zwangs. §. 605**.
D. Rückſichtlich der äußeren Form. §. 606.
3. Wirkungen der Verträge.
A. Unmittelbare Wirkungen.
a. Für die Paziſzenten ſelbſt. §. 607*.
b. Für dritte Nichtpaziſzenten. §. 608*.
B. Mittelbare Wirkungen.
a. Verpflichtung zur Gewährleiſtung.
aa. Gewährleiſtung wegen heimlicher Mängel. §. 609*.
bb. Gewährleiſtung wegen Eviktion. §. 610*****.
b. Verpflichtung zum Einſtehen wegen ſ. g. laesio enormis. §. 611*.
4. Beſtärkungsmittel der Verträge.
A. Im Allgemeinen. §. 612.
B. Insbeſondre.
a. Schuldſchein. §. 612a*.
b. Von der arrha. §. 613.
c. Von der Konventionalſtrafe. §. 614*.
III. Entſtehung von Obligationen durch Pollizitation, Gelübde. §. 615.

Drittes Kapitel. Von Aufhebung der Obligationen. (S. 346—384).

I. Allgemeine Ueberſicht der Aufhebungsgründe. §. 616.
II. Insbeſondre.
1. Depoſition und Dereliktion. §. 617.
2. Kompenſation. §. 618**.
3. Novation. §. 619***.
4. Konfuſion. §. 620.
5. Remiſſoriſche Verträge. §. 621*.
6. Concursus causarum lucrativarum. §. 622.

Viertes Kapitel. Von einzelnen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen. (S. 385–524).

I. Obligationen aus Realkontrakten.
1. Darlehn und verwandte Obligations-Verhältnisse.
A. Vom Darlehns-Vertrag. §. 623**.
B. Von den übrigen condictiones datorum außer der condictio mutui..
a. Einleitung. §. 624.
b. Insbesondre:
aa. Von der condictio indebiti. §. 625***.
bb. Von der condictio causa data causa non secuta. §. 626*.
cc. Von der condictio ob turpem causam. §. 627*.
dd. Von der condictio sine causa. §. 628*.
2. Leihvertrag. §. 629.
3. Depositum. §. 630*.
4. Pfandvertrag. §. 631.

II. Obligationen aus Konsensual-Verträgen.
1. Verträge zum Zweck der Veräußerung.
A. Kaufvertrag.
a. Begriff und Erfordernisse. §. 632*.
b. Verbindlichkeiten der Kontrahenten.
aa. Verbindlichkeiten des Verkäufers. §. 633.
bb. Verbindlichkeiten des Käufers. §. 634.
c. Von dem Uebergange des periculum auf den Käufer. §. 635*.
d. Von dem Verkauf durch Versteigerung. §. 636*.
e. Von den vorzüglichsten Nebenverträgen bei dem Kaufgeschäft. §. 637.
B. Tauschvertrag. §. 638.
C. Trödelvertrag. §. 639.
2. Pacht- und Mieth-Verträge und damit verwandte Obligations-Verhältnisse.
A. Locatio conductio.
a. Locatio conductio rerum.
aa. Begriff und Erfordernisse. §. 640.
bb. Verbindlichkeiten der Kontrahenten.
aaa. Verbindlichkeiten des Vermiethers. §. 641**.
bbb. Verbindlichkeiten des Miethers. §. 642.
cc. Beendigung der Miethe und interdictum de migrando. §. 643**.
dd. Relocatio. §. 644*.
b. Locatio conductio operarum und operis. §. 645.
c. S. g. locatio irregularis. §. 646.

B. Contractus emphyteuticarius. §. 647.
C. Receptum der nautae, caupones und stabularii.
a. Allgemeine Grundsätze. §. 648**.
b. Insbesondere von der lex Rhodia de jactu. §. 649.
D. Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste. §. 650.

3. Schuldverhältnisse aus einer Genossenschaft.
A. Gesellschafts-Vertrag.
a. Begriff und Erfordernisse. §. 651**.
b. Verbindlichkeiten der socii. §. 652.
c. Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten. §. 653*.
d. Beendigung der Sozietät. §. 654.
e. Theilung des Gesellschafts-Vermögens. §. 655*.
f. Von der societas omnium bonorum. §. 656.
B. Communio incidens.
a. Von den daraus hervorgehenden Rechtsverhältnissen. §. 657.
b. Von den judicia divisoria. §. 658*.

4. Schuldverhältnisse aus unentgeldlicher Geschäftsbesorgung.
A. Mandatum.
a. Begriff und Erfordernisse. §. 659*.
b. Verbindlichkeiten der Kontrahenten. §. 660.
c. Verhältniß der Kontrahenten zu Dritten. §. 661*.
d. Beendigung des Mandats. §. 662.
e. Von der Assignation insbesondre. §. 663.
B. Negotiorum gestio.
a. Von der negotiorum gestio im Allgemeinen.
aa. Begriff und Erfordernisse. §. 664*.
bb. Verbindlichkeiten der Interessenten. §. 665.
cc. Verhältniß der Interessenten zu Dritten. §. 666.
b. Insbesondere von der Besorgung eines Begräbnisses. §. 667.

5. Verträge zum Zweck der außergerichtlichen Aufhebung von Rechtsstreitigkeiten.
A. Vergleich.
a. Begriff und Erfordernisse. §. 668*.
b. Wirkungen. §. 669.
B. Anerkennung. §. 669**.
C. Compromissum. §. 670.
D. Vertrag über Ableistung eines außergerichtlichen Eides. §. 671.

6. Constitutum. §. 672.
7. Spiel- und Wett-Verträge. §. 673*.

Fünftes Kapitel. Von einzelnen Obligationen aus Delikten und deliktsähnlichen Gründen. (S. 525—634).

I. Schuldverhältniſſe mit dem weſentlichen Zwecke der Abwehr bevorſtehender oder ſchon begonnener Rechtskränkungen.
1. Polizeiliche Interdikte zum Schutze öffentlicher Plätze, Wege, Flüſſe u. dgl. §. 674*.
2. Interdictum de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando §. 675.
3. Operis novi nuntiatio. §. 676*.
4. Von der Prohibition und dem interdictum quod vi aut clam. §. 677*.
5. Von der damni infecti cautio. §. 678*.

II. Forderungsrechte auf Schadenserſatz und Strafe.
1. Entwendung.
A. Furtum. §. 679**.
B. Raub. §. 680.
2. Beſchädigung.
A. Beſchädigung durch Menſchen.
a. Damnum injuria datum (lex Aquilia). §. 681***.
b. Von einigen beſondren Arten der Beſchädigung.
aa. Heimlicher Baumfrevel. §. 682.
bb. Damnum coactis hominibus und damnum turba datum. §. 683.
cc. Beſchädigung bei Brand, Schiffbruch u. dgl. §. 684.
dd. Beſchädigung eines Grabmals. §. 685.
ee. Widerrechtliche Beiſetzung einer Leiche. §. 686.
ff. Verlegung eines öffentlichen Wegs auf ein Privatgrundſtück. §. 687.
gg. Beſchädigung von Seiten der publicani. §. 688.
B. Beſchädigung durch Thiere. §. 689*.
3. Widerrechtliche Entziehung oder Vorenthaltung der possessio.
A. Von dem interdictum unde vi und der actio spolii. §. 690**.
B. Von dem interdictum de precario. §. 691*.
4. Widerrechtliche Anwendung von Zwang (actio quod metus causa). §. 692.
5. Argliſt.
A. Im Allgemeinen (actio und exceptio doli). §. 693.
B. Insbeſondre:
a. Calumnia. §. 694.
b. Verhindertes Erſcheinen vor Gericht. §. 695.
c. Alienatio judicii mutandi causa facta. §. 696.
d. Alienatio in fraudem creditorum facta. §. 697*.
e. Verführung eines Kindes. §. 698.

6. Verletzte Berufspflicht.
A. Vergehen der Richter. §. 699.
B. Vergehen der Agrimensoren. §. 700.
7. Injuria. §. 701.
8. Widerrechtliche Gefangenhaltung eines Menschen. §. 702.
9. Gemeingefährliche Handlungen.
A. Album corruptum. §. 703.
B. Effusum et dejectum. §. 704.
C. Positum et suspensum. §. 705.
D. Halten gefährlicher Thiere. §. 706.

Sechstes Kapitel. Von einzelnen Obligationen, welche unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung hervorgehen. (S. 635—647).

I. Verbindlichkeit ad exhibendum.
1. Allgemeine Grundsätze (actio ad exhibendum). §. 707*.
2. Insbesondre von der Urkunden-Edition. §. 708*.
II. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses. §. 709.
III. Verbindlichkeit zur Beerdigung. §. 710.

Fünftes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Fünftes Buch.

Das Recht der Forderungen.

Bucher, das Recht der Forderungen. Leipzig 1815, 2. Aufl. 1830. — Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preuß. Rechte. 3 Bde. Breslau 1836. 1840. 1843. — Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen; nach des Verf. Tode herausgegeben von Huschke. 2 Bde. Leipz. 1840. — v. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Röm. Rechts; bis jetzt 2 Bde. Berl. 1851. 1853. — *Molitor*, les obligations en droit Romain; III. voll. Gand. 1851—1853. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 402 fgg. — Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 3 Abth. Braunschw. 1853—55, Derſ., Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschw. 1859.

Erſtes Kapitel.

Von der rechtlichen Natur der Obligationen.

Inst. III. 13. [14] de obligationibus; Dig. XLIV. 7, Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus.

I. Begriff von obligatio. §. 566.

Savigny I. S. 4 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 3. S. 3 fgg., Kuntze, die Obligat. und die Singularſucc. S. 1 fgg., Derſ., Inhaberpapiere §. 54 fgg., Wirth, Beiträge zur Syſtematik des röm. Zivilr. S. 13 fgg., Unger, öſtr. Privatr. I. S. 539 fgg., Reuner, Weſen und Arten der Privatrechtsverhältniſſe. Kiel 1866. S. 62 fgg., Ziebarth, die Realexekution und die Obligation. Halle 1866. S. 23 fgg.

1) *Paul.* l. 3. de O. et A.: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (Wunderbar mißverſtanden iſt dieſe Stelle von Rubo, über Theilbark. und Untheilbark. der Oblig. S. 20).

2) Pr. J. de oblig.: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Anm. Ueber das Wort obligatio vgl. Hugo in ſein Magaz. III. 20, Riedel daſ. V. 3, Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 2 fgg., Koch I. S. 9 fgg. S. auch Büchel, zivilrechtl. Erörterungen Bd. I. Nr. 2. S. 26 fgg., 2. Aufl. S. 143 fgg.

II. Hauptarten der obligatio. §. 567.

1) *Julian.* l. 16. §. 4. de fidej. (46, 1): Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. — Wenn Manche in der ersten Hälfte dieser Stelle (welche wörtlich in l. 10. de O. et A. von Paulus, oder wohl richtiger von Ulpian, wiederholt ist) vor *competit* ein *non* einschieben, z. B. *Gothofr.* ad h. l. und *Hotom.*, obs. III. 2, so ist dies freilich ganz unerklärlich, und mit Recht von den Meisten verworfen, vgl. z. B. *Jauch*, de negat. Pand. c. 14. n. 19, Glück, Komm. I. S. 189. Not. 44, Weber, nat. Verb. §. 51. Not. 2. (2. Aufl. S. 165), *Lelievre*, quid est nat. obl. p. 39 sqq., und eben so wenig scheint mir die von den Meisten und auch jetzt wieder von Savigny I. S. 40 fg. und *Machelard* p. 12 suiv. angenommene Auslegung richtig, daß der Jurist hier jede aus dem jus gentium hervorgegangene Obligation als naturalis obligatio bezeichne, und darum mit Recht sage, daß auch aus einer naturalis oblig. eine Klage hervorgehen könne. Vielmehr redet Julian, wie aus dem Zusammenhange der Stelle hervorgeht, gewiß nur von der eigentlichen natur. oblig., und sein Gedanke ist der: eine solche nat. obl. habe nicht blos insofern praktische Bedeutung, als sie die Grundlage von Klagerechten für den Gläubiger sein könne (wenn nämlich Bürgschaft, Pfandrecht, Konstitutum oder Novation hinzugekommen sind), sondern auch insofern, daß dabei keine Rückforderung des Gezahlten Statt finde; vgl. Unterholzner I. S. 12. a. E.; s. aber auch *Massol* p. 28 suiv., Schwanert S. 83 fgg.

2) *Paul.* l. 85. de V. O. (45, 1): In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse. Nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest; aliud quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum non potest; aliud, quod solidum petendum est, licet in solutione admittat partis executionem. [Die Lesart der Florent.: »licet in solutionem admittat secutionem« ist offenbar sinnlos; über die hier angenommene s. die Nachweisungen bei Ribbentrop, Correalobl.

S. 186. Not. 7]. §. 1. Prima species pertinet ad promissorem pecuniae certae; nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat. §. 2. Secunda ad opus, quod testator fieri jusserit; nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. §. 3. Quodsi stipulatus fuero: *per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam; si adversus ea factum sit, tantum dari?* et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor; sed ceteri familiae herciscundae judicio sarcient damnum. §. 4. Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti quum stipulatus sum hominem incertum; nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidus non potest; alioquin in diversis hominibus recte partes solventur; quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. Idem juris est, et si quis decem millia aut hominem promiserit. §. 5. In solidum vero agi oportet, et partis solutio affert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus; nam auctoris heredes in solidum denunciandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur. §. 6. Item si ita stipulatio facta sit: *si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* nisi totus detur, poena committitur centum, nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

Anm. 1. Ueber *naturalis* oblig. vgl. Weber, ſyſtem. Entw. der Lehre v. d. natürl. Verb. Schwerin 1784. 5. Aufl. 1811. (wo auch in §. 41. die ältere, ziemlich unbedeutende Literatur angeführt iſt), Reinhard, die Lehre des röm. R. v. d. Verb. im Allg. u. v. d. natürl. Verb. insbeſ. Stuttg. 1827, *Lelievre*, resp. ad quaest. quid est nat. obl. ex sent. Romanor. Lovan. 1827, Francke, zivil. Abh. S. 66 fgg., Roßhirt in ſeiner Zeitſchr. I. S. 123 fgg., V. S. 275 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen I. S. 339 fgg., Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 57 fgg., K. Sell in ſein. Jahrb. I. S. 116 fgg., *v. d. Pfordten*, de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1843, Chriſtianſen, zur Lehre von der natur. oblig. Kiel 1844, Renaud im ziv. Arch. XXIX. S. 432 fgg., Errleben, die condictio indebiti S. 118 fgg., Holtius, Abhandll. Nr. I, *Molitor* I. p. 35 sqq., Savigny I. S. 22 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 3. S. 12 fgg., Bekker in ſein. Jahrb. IV. S. 386 fgg., *Massol*, de l'obligat. natur. en droit Rom. Par. 1858. 2. ed. 1862,

Schwanert, die Naturaloblig. des röm. R. Gött. 1861, [*Machelard*, des obligations naturelles en droit Rom. Par. 1861, Scheurl, die römische Naturaloblig., in Jhering's Jahrbb. VII. S. 318 fgg. — Vgl. auch noch Bucher S. 8 fgg, Koch I. S. 16 fgg., Unterholzner I. S. 11 fgg, Heimbach a. a. O. S. 459 fgg., Puchta, Kurs. d. Institut. Bd. III. §. 268, Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 6 fgg., Götting in Richter's krit. Jahrbb. Bd. XXIII. S. 481 fgg., Flach, Entscheid. III. S. 58 fgg. Not., *Schultze*, de natur. obligat. pupillor. Gryph. 1853. p. 5 sqq., Arndts, Lehrb. §. 217, Brinz, Lehrb. §. 133, Keller, Pand. §. 227, Windscheid, Lehrb. II. §. 287 fgg.

Anm. 2. Ueber theilbare und untheilbare Obligationen vgl. Baro, de divid. et individ. oblig. Lugd. 1542, *Chesius*, interpr. jur. lib. I. c. 50. (in Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 267 sqq.), *de Retes*, de divid. et indiv. oblig. (in Meerm. thes. tom. VII. p. 600 sqq.), *Sc. Gentilis*, de divid. et indiv. oblig. (in opp. tom. I. p. 89 sqq.), Rubo, Vers. einer Erklärung der Fragm. 2. 3. 4. 85. de V. O. Berl. 1822, *Bakker*, de oblig. divid. et individ. Lugd. Bat. 1822, Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealobligat. S. 178 fgg., *de Scheurl*, comm. de divid. et indiv. oblig. Erl. 1835, Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. III. S. 81 fgg., Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 171 fgg., *Molitor* I. p. 304 sqq., Savigny I. S. 303 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 4. S. 45 fgg., Ubbelohde, die Lehre von den untheilb. Obligg. Hannov. 1862, *Daniélopoulo*, des obligat. divisibles et indivisibles en droit Rom. Par. 1864. Außerdem gehören auch die Kommentatoren der hier einschlagenden Hauptstellen, nämlich der l. 2. 3. 4. 72. und 85. de V. O. hierher, und zwar sind unter ihnen auszuzeichnen: *Duaren.* (in opp. Frcf. 1598. p. 723 sqq., 752 sqq., 762 sqq.), *Cujac.* (in opp. tom. I. p. 1155 sqq., 1211, 1222 sqq.), *Donell.* (in opp. tom. XI. p. 443 sqq., p. 1199 sqq., 1354 sqq.), *Giphan.* (in lect. Altorf. p. 705 sqq., 879 sqq., 917 sqq.). Vgl. auch Bucher S. 126 fgg., Unterholzner I. S. 213 fgg., Heimbach a. a. O. S. 427 fgg., Sintenis II. S. 40 fgg., Arndts, Lehrb. §. 204. 216, Brinz, Lehrb. §. 139, Keller, Pand. §. 246, Windscheid, Lehrb. §. 253. 299.

Die Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare hat nicht etwa die Bedeutung, daß im erstren Falle dem Gläubiger Stückzahlung aufgedrungen werden dürfte, im andern nicht; denn es gilt die allgemeine Regel, daß stets das Ganze auf einmal geleistet werden muß, und es ist also in dieser Rücksicht z. B. der Fall, wenn der A. an den B. 100 zu zahlen hat, nicht anders zu entscheiden, als wenn er ihm eine Servitut zu bestellen verpflichtet wäre (s. §. 583). Sondern die wahre Bedeutung jener Eintheilung ist die, daß, wenn die Obligation theilbar ist, eine theilweise Erfüllung derselben möglich ist, und daß, im Falle mehrere Schuldner oder Gläubiger zusammentreffen (sei es, daß dieselben schon gleich von Anfang an da sind, oder daß der ursprüngliche Schuldner oder Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, welcher letztre Fall offenbar der häufigst vorkommende ist, und darum auch fast ausschließlich den Erörterungen der römischen Juristen zu Grunde liegt), dieselben nur pro rata haften, und ihnen nur pro rata geleistet wird, während

in den Fällen der untheilbaren Obligation sich dieß anders verhält. Doch müssen freilich zu genauerer Einsicht die einzelnen Fälle der untheilbaren Obligation scharf unterschieden werden, indem dieselben keineswegs ganz gleich zu behandeln sind.

I. Wegen der Qualität des geschuldeten Gegenstandes sind untheilbar:

1) Forderungen, welche auf Konstituirung eines untheilbaren Rechts gerichtet sind, also namentlich auf Errichtung einer Realservitut oder einer untheilbaren Personalservitut. Die Folgen dieser Untheilbarkeit sind schon an einem andren Orte näher entwickelt worden (§. 340. Anm. 2), und hier ist nur noch die freilich wichtige Bemerkung nachzutragen, daß doch ein großer Unterschied zu machen ist, je nachdem mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner vorhanden sind. Sind nämlich mehrere Gläubiger oder mehrere Erben eines Gläubigers da, so ist zwar insofern eine solidarische Berechtigung derselben begründet, daß einem jeden ein Klagerecht auf Konstituirung der ganzen Servitut zusteht, und der Schuldner Keinem der Gläubiger gegenüber klagfrei wird, als bis er die schuldige Servitut ganz und vollständig konstituirt hat; aber der endliche Effekt der Klage des einzelnen Gläubigers ist doch nur der, daß der Schuldner verurtheilt wird, dem Kläger dessen besonderes Interesse zu vergüten, so daß also nur eine condemnatio pecuniaria *pro parte* erfolgt, l. 25. §. 9. fam. herc. (10, 2):

„Sed verius est, — — omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, *pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet*“,

Vgl. l. 4. §. 3. si servitus vindicetur (8, 5), wo zwar nicht unmittelbar von unsrem Falle die Rede ist, aber der ganz analoge Fall, wenn Einer von mehreren Miteigenthümern des herrschenden Grundstücks die actio confessoria anstellt, so entschieden wird:

„Unicuique in solidum competit actio, sed in aestimationem id quod interest, veniet, *scilicet quod ejus interest, qui experietur*“.

Wenn manche römische Juristen dann, wenn der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstarb, die ganze Obligation als erloschen ansehen wollten, weil es unmöglich sei, daß Einem der Erben allein die Servitut bestellt werde, so wurde diese Meinung mit Recht verworfen, „quia non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis“, l. 2. §. 2. de V. O. — Ganz anders aber verhält es sich, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Erben eines Schuldners vorhanden sind. Da hier wirklich jeder Einzelne die ganze Servitut schuldet, eben weil die Servitut untheilbar ist, und da auch das Interesse des Gläubigers die ganze Servitut umfaßt, so erklärt es sich leicht, daß nicht nur gegen jeden Einzelnen in solidum geklagt werden kann, und zwar, wenn etwa auch nur einer die Mitwirkung weigert, nicht blos gerade gegen diesen, sondern auch gegen jeden Andren, sondern daß auch der Angegriffene auf das gesammte Interesse verurtheilt werden muß. Dieß geht mit Evidenz aus l. 25. §. 10. fam. herc. hervor, wonach in solchem Falle bei dem judic. fam. herc. Kautionen gestellt werden müssen, „ut si quis ex heredibus conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur“, was offenbar nur unter der Voraussetzung Sinn hat, daß der einzelne Verklagte nicht blos pro parte

hereditaria, sondern in solidum auf das Interesse verurtheilt wird; s. auch l. 2. §. 2. de V. O. und arg. l. 4. §. 4. si serv. vindic. (8, 5); vgl. außer den schon in §. 340. Angeff. auch noch Ubbelohde §. 8. S. 44 fgg. und *Daniélopoulo* cit. p. 60 sqq. Da, wie vorher angedeutet wurde, gute innere Gründe für diesen Satz sprechen, so muß die Meinung von Ribbentrop S. 233, daß sich derselbe „lediglich" aus der Fassung der Formel erkläre, woraus jetzt Brinz a. a. O. S. 52. noch die weitere Folgerung zieht, daß derselbe h. z. T. nicht mehr gelte, gewiß verworfen werden.

2) Untheilbar sind auch der Regel nach die Forderungen, die auf ein *facere* (im Gegensatz von *dare* und *non facere*) gerichtet sind, denn facta sind der Regel nach untheilbar, l. 2. §. 5, l. 72. pr. de V. O.: Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta *fundum tradi* vel *fossam fodiri* vel *insulam fabricari* vel *operas* vel quid his simile, horum enim divisio corrumpit stipulationem, und namentlich gehört dahin die Errichtung eines opus, l. 85. §. 2. de V. O. („quia operis effectus in partes scindi non potest"), l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2) [„Sed et si opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit; quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur"], l. 11. §. 23. de legat. III. Doch leidet dies dann eine Ausnahme, wenn die facta nur ein theilbares Recht zu verwirklichen bestimmt sind, denn in diesem Falle müssen sie selbst, und die auf sie gerichtete Obligation als theilbar angesehen werden, und so ist z. B. die obligatio zur Vornahme einer liberatio, zur Beibringung einer ratihabitio und dgl. allerdings eine theilbare, l. 4. §. 1. de V. O.; vgl. *Baro* cit. p. 71. („omnia facta, quae nuda sunt, divisionem refugiunt; quae juris dividui effectum habent, sunt dividua"), *Ches.* cit. n. 116 sqq., *de Scheurl* cit p. 51 sqq., Ubbelohde S. 60 fgg. (Ueber die stipulatio: *fundum tradi* s. Savigny I. S. 335 fgg., Ubbelohde S. 37 fgg., *Daniélop.* p. 114 suiv.). Die von den meisten Aeltern auf die Auktorität des Bartolus aufgestellte Regel, daß diejenigen facta theilbar seien, „quae, si pro parte compleantur, tantam afferant utilitatem respectu partis, quantam afferat totum, si compleatur, respectu totius", möchte ebensowenig vollständig befriedigen, als die jedenfalls zu weit ausgedrückte Behauptung von Unterh. S. 215, daß Theilbarkeit dann angenommen werden müsse, „wenn dergleichen Leistungen rechtlicher Art sind". — Ist nun ein untheilbares Faktum Gegenstand der obligatio, so wird, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, Keiner befreit, und sind mehrere Gläubiger da, so ist Keiner befriedigt, als bis die ganze Handlung vorgenommen ist. Kommt es aber zu einer Verurtheilung auf das Interesse, so wird doch der einzelne Schuldner nur pro rata verurtheilt, und eben so wird dem einzelnen Gläubiger nur pro rata das Interesse zugesprochen, vgl. l. 72. pr. de V. O., wo der Jurist nach den oben ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Celsus tamen libr. 38. Dig. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere,

ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse petitionem". [Ueber die Lesart in den Schlußworten vgl. Ribbentrop S. 224. Not. 2, *de Scheurl* p. 40, Ubbelohde S. 76. Not. 4].

Der Unterschied, der zwischen unsrem Falle, wenn die obligatio in einem facere besteht, und dem andren, wenn die Obligation auf Konstituirung einer untheilbaren Servitut gerichtet ist, vorkommt, daß nämlich dort der einzelne Schuldner nur pro rata, hier aber in solidum verurtheilt wird, hat gewiß seinen Grund darin, weil bei der Obligation auf ein *dare* der Schuldner stets das Objekt selbst schuldet, und nur blos die Kondemnation auf ein Surrogat der Schuld, auf baares Geld gerichtet ist, während bei den stipulationes *in faciendo* nach der Ansicht der Römer die Schuld selbst auf den Geldwerth des nicht geleisteten Faktum geht (id quod interest „*in stipulationem venit*", l. 68, l. 112. §. 1. de V. O., und darum ist eine solche stipulatio in faciendo eine incerta, l. 75. §. 7. eod.) und das Faktum demnach nicht sowohl in obligatione, als vielmehr eigentlich nur in solutione ist. Da also im letztren Falle die Schuld selbst, nicht blos die condemnatio im Grunde auf etwas Theilbares gerichtet ist, so ist die Verurtheilung der einzelnen Schuldner pro rata ganz konsequent, während ebenso konsequent im erstren Falle der einzelne Schuldner in solidum kondemnirt werden muß, eben weil er das ganze untheilbare Objekt schuldet, und die condemnatio blos auf das Surrogat dieser Schuld geht; vgl. jetzt auch Sintenis II. S. 47. Not. 27, *Molitor* I. p. 324 sqq., Brinz a. a. O. S. 48 fgg., Heimbach cit. S. 429. Erkennt man diesen innern Zusammenhang an, und muß man ferner zugeben, daß in unsrem Rechte sich die Ansicht über obligationes in faciendo verändert hat, indem das Faktum selbst in obligatione ist, und sogar die condemnatio darauf gerichtet werden muß, so müßte man eigentlich konsequenter Weise sagen, daß h. z. T. auch bei obligationes in faciendo der einzelne Schuldner eben so, wie bei der obligatio auf Bestellung einer untheilbaren Servitut in solidum verurtheilt werden müsse. Da aber jene Veränderung in Betreff der oblig. in faciendo schon dem neuesten römischen Rechte angehört (l. 14. C. de sentent. 7. 45), und dennoch die l. 72. cit unverändert in die Pandekten aufgenommen ist, so sind wir schwerlich berechtigt, diese Konsequenz für das praktische Recht wirklich zu ziehen, und zwar um so weniger, da dieselbe unverkennbar eine große Härte mit sich führen würde; vgl. auch Sintenis II. S. 47. Not. 27. — Völlig abweichend ist jetzt die Darstellung von Savigny I. S. 358 fgg., welchem *Daniélopoulo* p. 100 suiv. ganz folgt, indem derselbe auszuführen sucht, daß im römischen Rechte von jeher die untheilbaren obligationes faciendi ganz gleich mit den untheilbaren obligationes dandi behandelt worden seien, und also auch bei den ersteren Jeder der mehreren Schuldner *in solidum* verurtheilt werden müsse. Mich hat Savigny's Entwicklung nicht überzeugt; daß Ulpian die aus Celsus referirte Meinung des Tubero blos als „literarische Curiosität" als eine „fast verschollene Merkwürdigkeit" angeführt habe, scheint mir eine mehr als gewagte Behauptung zu sein, und aus den von Savigny für seine Meinung angeführten Stellen (l. 85. §. 2. de V. O., l. 11. §. 23. 24. de legat. III., l. 44. §. 8. fam.

herc. 10. 2, l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. 35. 2), wornach dann, wenn die Errichtung eines opus legirt iſt, die mehreren Erben „in solidum tenentur“, folgt keineswegs, daß ſie auch in solidum *condemnantur*, indem der Sinn jener Stellen auch vollkommen gut der ſein kann, und m. E. wirklich iſt, daß Jeder der einzelnen Erben nur dann liberirt iſt, wenn das ganze opus vollendet iſt, vgl. auch l. 22. fin. depos. (16, 3), l. 139. de V. O., u. ſ. Brinz a. a. O. S. 47 fgg. — Im Reſultate ſtimmt auch Ubbelohde S. 76 fgg. mit Savigny überein, aber er will die l. 72 cit. dadurch beſeitigen, daß er den Ausſpruch des Tubero und bzw. Celſus auf den ganz ſpeziellen — nach der eigenen Ausführung von Ubbelohde ſehr ſelten zuläſſigen — Fall beſchränkt, wenn ausnahmsweiſe aus einer obligatio faciendi eine condictio certi gegeben werde, d. h. wenn vor der Ertheilung der Klagformel das Faktum, welches den urſprünglichen Gegenſtand der Obligation bildete, zu Geld angeſchlagen worden ſei, und alſo die Klage in Wahrheit auf certa pecunia numerata angeſtellt werde. Es bedarf wohl kaum der Ausführung, daß dieſe Beſchränkung nicht aus der Stelle heraus, ſondern in künſtlichſter Weiſe in die Stelle hinein interpretirt iſt, und ich wundere mich, daß dieſe Auslegung doch an Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 216. Anm. 2. und Windſcheid, Lehrb. §. 299. Anm. 7. Anhänger gefunden hat.

3) Auch die Forderungsrechte, die auf ein *non facere* gerichtet ſind, ſind bald als theilbare, bald als untheilbare anzuſehen. Betrachten wir zuerſt den Fall, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Erben eines Schuldners vorhanden ſind. Wenn hier die obligatio ſo beſchaffen iſt, daß durch die obligationswidrige Handlung des einzelnen Schuldners das Forderungsrecht des Gläubigers nur theilweiſe verletzt wird, ſo daß er alſo den andren Schuldnern gegenüber im vollen Genuſſe deſſelben bleibt, ſo iſt die obligatio eine theilbare, und es kann nur der einzelne Schuldner, welcher das factum contrarium vorgenommen hat, pro rata belangt werden. Hat alſo z. B. Jemand eine stipulatio: amplius non agi abgeſchloſſen, und einer der mehreren Erben des Schuldners klagt für ſeinen Theil die Schuld ein, ſo iſt nur er, keiner der andern Erben, zur Leiſtung des Intereſſe, oder eines verhältnißmäßigen Theils der etwa bedungenen Strafe verpflichtet. Ganz anders aber verhält es ſich, wenn die obligationswidrige Handlung des einzelnen Schuldners das Recht des Gläubigers in ſeiner Totalität verletzt, ſo daß alſo die Handlung des Einzelnen ihren Wirkungen nach nicht anders zu beurtheilen iſt, als wenn Alle ſie vorgenommen hätten. In dieſem Falle ſind nämlich alle Schuldner verpflichtet, und denjenigen, welche ſich keiner obligationswidrigen Handlung ſchuldig machten, bleibt nur natürlich übrig, daß ſie entſprechende Regreßklagen gegen den Schuldigen anſtellen. Vgl. beſ. l. 4. §. 1. de V. O.:

> „Cato libr. 15. scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti: *iter fieri*, quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum

sit, quod divisionem recipiat, veluti: *amplius non agi*, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur (quod nisi in solidum peccari non poterit) illam stipulationem: *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Sed videamus, ne non idem hic sit; sed magis idem, quod in illa stipulatione: *Titium heredemque ejus ratum habiturum;* nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum et solus aget, a quo fuerit petitum, idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest".

In diesem, besonders von älteren Juristen (vgl. die oben angeführten Schriften, und die ferneren Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 6 sqq., und s. auch Sintenis II. S. 49 fgg. Not. 37, Ubbelohde S. 129 fgg. S. 295 fgg.) vielfach und ausführlich besprochenen §us Cato referirt Paulus eine Ansicht des Cato, welcher er sich dann in den Worten: Sed videamus etc. beistimmend anschließt. Es werden nämlich von Cato zwei stipulationes in non faciendo sich einander entgegengesetzt, die stipulatio: *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, oder wie sie im Anfang der Stelle angeführt wird: *iter fieri* (denn die völlige Identität dieser Ausdrücke darf nicht bezweifelt werden), und die stipulatio: *amplius non agi;* die erstre sei untheilbar, die zweite theilbar, und der Grund der Verschiedenheit sei der, weil im erstren Falle, wenn auch nur einer der mehreren Erben zuwider handle, dies für den Gläubiger doch denselben Effekt habe, wie wenn alle zuwider gehandelt hätten. „Aber beachten wir — so fährt nun Paulus fort — daß es im zweiten Falle [„hic", also bei der stipul. amplius non agi] sich nicht eben so verhält („sed videamus, ne non idem hic sit"), sondern vielmehr so, wie bei der stipulatio: Titium heredemque ejus ratum habiturum, bei welcher anerkannter Weise Theilung eintritt, so daß nur der einzelne Erbe des stipulator, gegen welchen das factum contrarium vorgenommen wird, pro rata klagen kann". (Die von den meisten älteren Interpreten angenommene Meinung, daß Paulus mit den Worten: sed videamus etc. auf die im princ. dieser Stelle angeführte stipulatio: dolum abesse a te heredeque tuo zurückkomme, und bei dieser jene Cato'sche Lehre in Anwendung bringe, scheint mir unhaltbar zu sein, vgl. auch *de Scheurl* l. c. p. 26 sqq., *Daniélop.* p. 168 suiv.). — Außer diesem §us Cato vgl. auch noch l. 2. §. 5, l. 3. §. 1. fin., l. 85. §. 3, l. 131. pr. de V. O., l. 44. §. 5. fam. herc. (10, 2). So unzweifelhaft es hiernach ist, daß bei Obligationen auf untheilbare Unterlassungen sämmtliche Erben des Schuldners wegen obligationswidriger Handlung eines Einzelnen verhaftet sind, und dann blos ihren Regreß gegen den Kontravenienten nehmen dürfen: so ist es doch auch hier bestritten, ob der einzelne Erbe in solidum, oder nur pro portione hereditaria auf das Interesse verurtheilt werde. Während Savigny S. 365 fgg., *Daniélopoulo* p. 161 suiv., Windscheid, Lehrb. §. 299. Not. 7. a. E., das Erstre vertheidigen, hat sich die herrschende Meinung von jeher für das Letztre erklärt, und zwar m. E. mit größtem Rechte, denn wenn man sich dafür auch nicht unmittelbar auf den §us Cato berufen

darf, weil hier nicht von der Verurtheilung in das Interesse, sondern in eine bedungene Strafe die Rede ist: so bietet diese Entscheidung doch eine nahe liegende Analogie, und ganz entscheidend ist die Analogie des vorher bei Nr. 2. behandelten Falls, da eine verschiedene Beurtheilung untheilbarer Unterlassungen und untheilbarer Handlungen in keinem Falle gerechtfertigt werden könnte. Selbst Ubbelohde S. 84. und S. 105. Not. 1*. und Arndts, Lehrb. §. 216. Anm. 3, obwohl sie bei obligationes faciendi abweichender Ansicht sind, stimmen in Betreff der obligationes non faciendi mit der herrschenden Lehre überein. — Wenden wir uns nun zu dem zweiten einfacheren Falle, wenn mehrere Gläubiger oder mehrere Erben eines Gläubigers vorhanden sind, und es wird die obligationswidrige Handlung nur gegen Einen derselben vorgenommen, so kann aus begreiflichen Gründen nur dieser klagen, es müßte denn eine Konventionalstrafe ausbedungen sein, in welchem Falle Alle an und für sich klagberechtigt sind, obwohl doch der, gegen welchen die Handlung nicht vorgenommen wurde, mit einer exceptio doli zurückgewiesen wird, l. 2. §. 6, l. 3. §. 1. de V. O.

II. Untheilbar wegen der Form der Obligation ist

1) die alternative. Stehen sich hierbei nur ein Schuldner und ein Gläubiger gegenüber, und es zahlt der Schuldner einen Theil einer der Sachen, welche in obligatione sind, so wird er dadurch nicht pro rata liberirt; denn wollte man eine theilweise Befreiung annehmen, so würde der Gläubiger dadurch begreiflich in die schlechtere Lage gebracht werden, daß ihm für den Rest seiner Forderung ein entsprechender Theil der andern Sache gegeben werden dürfte, und er so mehrere Theile verschiedener Sachen, aber nicht eine ganze Sache erhielte. Die Wirksamkeit einer solchen theilweisen Leistung ist also ganz in pendenti; gibt der Schuldner nachher den übrigen Theil derselben Sache, so fängt jetzt auch die frühere Zahlung wirksam zu werden an, und er ist vollständig liberirt; gibt er aber nachher eine andere Sache, was er noch immer kann, so darf er das früher Geleistete kondiziren, l. 26. §. 13. de cond. indeb. (12, 6). Daß der Schuldner das theilweise Gezahlte sogleich zurückfordern dürfte, auch ohne das andere in obligatione seiende Objekt zu prästiren, scheint zwar durch l. 2. §. 1. de V. O.:

> „Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, *sed aut statim repeti potest*, aut in pendenti est, donec alius detur“

unterstützt zu werden, vgl. auch z. B. Rubo S. 65. Not., aber es wäre dies nicht nur inkonsequent, sondern es widerspräche auch entschieden der völlig bestimmten l. 26. §. 13. de cond. ind. Unter diesen Umständen können wir doch wohl nicht umhin, bei den Worten sed aut statim repeti potest den Fall zu supponiren, wenn sogleich ein anderer Sklave gegeben wird; wie dies denn auch von jeher die herrschende Meinung der Interpreten war, vgl. z. B. *Duaren.*, *Donell.*, *Cujac.* ad h. l., *Ches.* nr. 96, *Sc. Gentil.* c. 7, Ribbentrop S. 192. Not. 8, *de Scheurl.* p. 20, *Daniélopoulo* p. 183 suiv. — Ganz ähnlich verhält es sich, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind. Auch hier zeigt sich nämlich die Untheilbarkeit darin, daß keiner derselben durch Zahlung des auf ihn fallenden Theils einer der mehreren Sachen sogleich befreit wird,

ſondern dieſelbe nur erſt unter der Vorausſetzung liberirend wirkt," wenn auch von Seiten der übrigen Schuldner quote Theile derſelben Sache präſtirt werden. Im Uebrigen aber iſt eine völlig theilbare Obligation vorhanden, ſo daß, wenn Einer der Schuldner in andrer Weiſe als durch Zahlung liberirt wird, z. B. durch Nachlaßvertrag oder prozeſſualiſche Konſumtion, die Uebrigen blos pro rata verhaftet bleiben, ſo wie, wenn der Eine inſolvent wird, die Uebrigen nicht deſſen Antheil zu übernehmen brauchen, und wenn eine Verurtheilung auf das Intereſſe erfolgt, dieſelbe immer nur die einzelnen Schuldner pro rata trifft, l. 2. §. 1. 3, l. 85. §. 4. de V. O. — Sind endlich mehrere Gläubiger vorhanden, ſo iſt die obligatio auch hier inſofern untheilbar, daß ſich Keiner derſelben gefallen zu laſſen braucht, daß dem Einen ein Theil der einen, dem Andren ein Theil der andren Sache geleiſtet werde, während in allem Uebrigen die Obligation ebenfalls als eine völlig theilbare erſcheint, l. 26. §. 14. de cond. indeb. (12, 6).

2) Der alternativen Obligation ſteht in dieſer Rückſicht ganz gleich die Obligation auf Sachen *in genere*, und beide werden in unſren Quellen auch ſtets zuſammen geſtellt, vgl. die vorher angeführten Geſetze.

3) Eine Untheilbarkeit wird auch gewiſſer Maaßen durch die Zufügung einer Pönalſtipulation herbeigeführt, indem dabei die, den Grundſätzen über Bedingungen ganz entſprechende Regel gilt, daß die Strafe ſtets verwirkt iſt, wenn nicht die Obligation vollſtändig erfüllt iſt. Damit hängt es konſequent zuſammen, daß, wenn mehrere Schuldner vorhanden ſind, und auch nur einer derſelben nicht geleiſtet hat, doch der Regel nach die Strafe von Allen eingetrieben werden kann, obwohl doch die Einzelnen immer nur pro rata haften, und den Uebrigen natürlich auch eine Regreßklage gegen denjenigen zuſteht, welcher die Verwirkung der Strafe herbeigeführt hat, l. 5. §. 3. 4, l. 85. §. 6. de V. O. (Ueber eine durch l. 4. §. 1. de V. O. begründete Ausnahme von dieſer Regel ſ. oben bei I. 3. und vergl. Ubbelohde §. 17). Sind mehrere Gläubiger da, ſo muß zwar nach der Strenge des Rechts geſagt werden, daß für Alle die Strafforderung begründet iſt, wenn nicht an Alle, ſondern nur an Einen oder Einige geleiſtet iſt; aber es wird doch dem Schuldner gegen die Klage derjenigen Gläubiger, welche befriedigt worden ſind, eine exceptio doli eingeräumt, l. 2. §. 6, l. 3. §. 1. de V. O.

Noch mögen hier ſchließlich einige allgemeine Bemerkungen ihren Platz finden:

1) Obwohl die Quellen-Ausſprüche, aus welchen die römiſch-rechtliche Theorie über theilbare und untheilbare Obligationen entnommen werden muß, weſentlich nur in dem Titel *de verbor. obligat.* vorkommen und Stipulationen vorausſetzen, ſo läßt es ſich doch gewiß nicht rechtfertigen, deßhalb jene Grundſätze mit Rubo S. 22 fgg. S. 203 fgg. blos auf obligationes *stricti juris* beſchränken zu wollen. Da jene Prinzipien augenſcheinlich auf innern Gründen beruhen, ſo muß man ihnen auch allgemeine Geltung zugeſtehen, und daß ſie weſentlich nur bei der verborum obligatio entwickelt werden, kann keine Schwierigkeit machen, da die römiſchen Juriſten es bekanntlich liebten, allgemeine Sätze des Obligationen-Rechts an die stipulatio, als den einfachſten und reinſten

Obligationsgrund anzuknüpfen; vgl. auch *Scheurl* p. 105 sqq., Heimbach S. 432 fg., Savigny S. 375 fgg. und im Wesentlichen auch Ubbelohde S. 191 fgg.

2) In unsren Tagen hat besonders Rubo S. 31. 52 fgg. S. 54 und öfter, einen inneren Zusammenhang zwischen den obligationes dividuae und individuae auf der einen, und den obligationes certae und incertae auf der andren Seite annehmen wollen, so daß, wo die condictio certi Platz greife, die obligatio eine dividua sei, wo aber die condictio incerti angestellt werde, die Obligation als eine untheilbare angenommen werden müsse. Es ist dies aber gewiß ungehörig, indem zwar wohl mehrfach ein zufälliges Zusammentreffen dieser verschiedenen Eintheilungen, aber keine Einheit des Prinzips vorkommt, und die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich schon einfach daraus, daß, wer sich einen Ususfruktus versprechen läßt, *incertum* intelligitur in obligationem deduxisse, l. 75. §. 3. de V. O., obwohl die daraus hervorgehende Obligation doch ohne Zweifel eine theilbare ist.

3) Aus der ganzen obigen Darstellung geht zur Genüge hervor, daß die früher öfter gehörte Behauptung, im Falle einer untheilbaren Obligation entstehe, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger dabei vorkämen, eine Korreal-Obligation, sicherlich unbegründet ist. Nur in dem einen Falle, wenn bei einer auf Errichtung einer Realservitut gehenden Obligation mehrere Schuldner vorhanden sind, ist einige Aehnlichkeit mit der Korreal-Oblig., aber doch keine echte Korreal-Oblig. vorhanden, Ubbelohde §. 36, Windscheid, Lehrb. §. 299, während in allen übrigen Fällen der untheilbaren Obligat. nicht einmal jene Aehnlichkeit begründet ist, vgl. bes. Ribbentrop S. 178 fgg. Die Meinung Savigny's S. 367 fgg., daß vielmehr überall, wenn bei einer untheilbaren Obligation mehrere Schuldner vorhanden seien, eine passive Korreal-Obligation angenommen werden müsse, ist eine Folge seiner oben bei Nr. I. 2. und I. 3. angedeuteten abweichenden Ansichten, und würde selbst, wenn man seine Prämissen zugeben müßte, doch nicht gebilligt werden können, Ubbelohde a. a. O.

4) Aus den bisherigen Erörterungen wird sich auch vollständig die als T. 2. abgedruckte l. 85. de V. O. erklären. Paulus hat hier nur den Fall vor Augen, wenn ein Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, und dabei unterscheidet er 4 Fälle:

a) Jeder der einzelnen Erben wird pro rata belangt und leistet pro rata. Dies ist der regelmäßige Fall einer theilbaren obligatio, z. B. bei einer gewöhnlichen Geldschuld, l. 85. cit. §. 1.

b) Es kann nur das Ganze gefordert, und nur das Ganze geleistet werden, d. h. kein Schuldner wird liberirt, wenn nicht das Ganze prästirt ist. Hierher gehören die Fälle der Untheilbarkeit der obligatio wegen Qualität des Objekts, und Paulus führt als Beispiele eine oblig. in faciendo und eine oblig. in non faciendo an (l. 85. cit. §. 2. 3). Wie es sich hier mit der *condemnatio* verhalte, und ob diese in solchen Fällen auch *in solidum* gehe, oder nicht, läßt Paulus ganz unberührt.

c) Die einzelnen Schuldner werden pro rata belangt, aber nicht durch

theilweise Zahlung liberirt, wohin die alternative Obligation und die oblig. auf Sachen in genere gehören (l. 85. cit. §. 4).

d) Der Gläubiger fordert das Ganze, und wenn dies nicht geleistet wird, so haften alle einzelnen Schuldner, aber doch nur pro rata, so daß jeder Einzelne durch theilweise Zahlung liberirt wird. Als Beleg dazu führt Paulus in §. 6. den Fall einer Konventionalstrafe an, aber außerdem auch noch in §. 5 den ähnlichen Fall der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung, über welches letztre Beispiel namentlich Ribbentrop S. 188 fgg. doch wohl unnöthiger Weise mancherlei Bedenklichkeiten erhoben hat. Es verhält sich damit einfach so. Die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung tritt nur unter der Voraussetzung ein, wenn nicht der Verkäufer vollständig den dem Käufer drohenden Rechtsstreit auf sich nimmt; denn thut er dies, so kann begreiflich von einer Eviktionsleistung keine Rede sein, weil ja nun dem Käufer die Sache gar nicht abgestritten wird, und auch die litis aestimatio nicht von ihm, sondern von dem Verkäufer prästirt werden muß, welcher durch die Streitübernahme Verklagter geworden ist, und also auch im Falle des Siegs des Klägers zur litis aestimatio verurtheilt wird. Sind nun mehrere Auktoren da, oder ist der Auktor mit Hinterlassung mehrerer Erben verstorben, so fordert der Käufer zunächst von ihnen Allen jene prozessualische Vertretung, und dieses muß ihm in solidum prästirt werden, so daß, wenn auch nur Einer der Erben sich derselben nicht unterziehen will, den Uebrigen ihre Bereitwilligkeit nichts hilft, und also nach wirklich geschehener Eviktion die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung für Alle eintritt, sowohl für die, welche die Prozeß-Uebernahme verweigerten, als auch für die, welche bereit dazu waren, jedoch in der Weise, daß sie Alle nur pro partibus hereditariis haften; vgl. außer l. 85. §. 5. cit. auch l. 139. de V. O. und l. 62. §. 1. de evict. (21, 2). Offenbar verhält es sich also hier ganz ähnlich so, wie in dem Falle einer Pönalstipulation; denn gerade so, wie in diesem letztren Falle das, was in conditione positum est, in solidum geleistet werden muß, widrigenfalls sämmtliche Schuldner die bedungene Strafe pro rata zahlen müssen, eben so müssen in unsrem Falle die sämmtlichen Erben des Verkäufers pro rata die dupla prästiren, wenn auch nur Einer derselben jener prozessualischen Vertretung sich entzieht. Vgl. auch *Scheurl* p. 45 sqq., Sintenis II. S. 51 fgg. Not. 39, Ubbelohde S. 175 fgg.

III. Von den Gegenständen der obligatio.

1) Im Allgemeinen. §. 568.

Ueber *dare, facere, praestare* vgl. Marezoll in der Gieß. Zeitschr. X. 8, Schilling in Richter's krit. Jahrbb. Bd. III. S. 120 fgg., Savigny, Syst. S. 589. 596 fgg., Oblig. I. S. 297 fgg., Unterholzner I. S. 200 fgg., Puchta, Kurs. der der Institut. II. §. 165, Wächter, Erörtr. II. S. 69 fgg. Not. 46,

Heimbach a. a. O. S. 421 fgg., Huschke in der gesch. Zeitschr. XIII. S. 249 fgg., *Molitor* I. p. 111 sqq., Daniel, der Legisactionen- und der Formularprozeß. Schwerin 1858. S. 69 fgg. Vgl. auch Schilling, Lehrb. III. S. 4 fg. Not. t, Böcking, Pandekten I. S. 288 fg., Brinz, Lehrb. §. 135.

2) Insbesondere:

A) Von alternativen Obligationen. §. 569.

v. Gülchen (praes. *Kurrer*), de obligatione alternativa. Tub. 1636, *de Brassier*, de causis alternativis. Heidelb. 1821, Heimbach a. a. O. S. 434 fgg., *Molitor* I. p. 287 sqq., Savigny I. S. 389 fgg.; vgl. auch Holzschuher, Theorie und Kasuist. III. §. 210, Fitting, Korrealobl. S. 156 fgg.

Anm. 1. Daß bei einer oblig. alternativa dann, wenn nichts Andres vertragsmäßig bestimmt ist, dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, ist unzweifelhaft, l. 25. pr., l. 34. §. 6. de contrah. emt. (18, 1), l. 10. §. 6. de jure dotium (23, 3), l. 93. 106. 138. §. 1. de V. O. (45, 1). Doch sind dabei noch einige spezielle Punkte in Erwägung zu ziehen:

1) Nicht nur bei der Zahlung hat der Schuldner die Wahl, sondern auch bei der Rückforderung, wenn er aus entschuldbarem Irrthume Beides gezahlt hat. Zwar war unter den römischen Juristen Streit hierüber und Justinian in l. 10. C. de cond. indeb. (4, 5) führt namentlich als Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung Ulpian, Marzellus und Celsus an, und dieses Letztren Meinung kommt namentlich auch noch in l. 26. §. 13. fin. de cond. ind. (12, 6) vor; aber gewiß mit Recht entschied sich der Kaiser in der l. 10. C. cit. für die Theorie des Julian und Papinian, wonach dem, welcher indebite gezahlt habe, die Wahl zustehen soll. Diese Entscheidung kann aber nicht auf den Fall bezogen werden, wenn Korrealschuldner vorhanden sind. Gesetzt, A. und B. versprechen als correi debendi ein Pferd oder 100; wenn hier zuerst A. das Pferd, und hierauf B. die 100 zahlt, so versteht es sich von selbst, daß hier immer blos der Letztre die condictio indebiti anstellen kann, denn durch die Zahlung des A. war die Obligation erloschen, und die Hingabe des B. war ein reines indebitum. Bezahlten aber Beide ganz gleichzeitig, so wird in einem solchen Kollisionsfalle aus begreiflichen Gründen dem Gläubiger das Recht gegeben, zu bestimmen, welchem der beiden Debitoren er restituiren wolle, l. 21. de cond. indeb. (12, 6), und gewiß irrig ist die Meinung Thibaut's in Braun's Erörter. S. 109, daß dann der von dem Gläubiger designirte Schuldner unter den beiden Objekten wählen dürfte. Augenscheinlich ist vielmehr in der dem Gläubiger zugestandenen Wahl der Person auch die Wahl des zu restituirenden Objekts enthalten, indem der Schuldner doch gewiß

kein Recht auf Rückgabe einer Sache hat, die von ihm gar nicht gegeben worden ist; vgl. auch *de Brassier* cit. pag. 46 sqq.

2) Ob der Wahlberechtigte von der einmal getroffenen Wahl wieder abgehen könne, hängt zunächst davon ab, ob über das Wahlrecht etwas ausdrücklich bestimmt ist, oder nicht. Im erstren Falle muß der Inhalt des Vertrags auch über das jus variandi entscheiden, und so kam es z. B. dann, wenn der Gläubiger sich das Wahlrecht besonders ausbedungen hatte, im Geiste der lateinischen Sprache gar sehr darauf an, ob derselbe gesagt hatte: quem *voluero*, oder: quem *volam;* denn während im erstren Falle nur eine einmalige Wahl zulässig war, stand ihm im zweiten allerdings ein jus variandi zu, l. 112. pr. de V. O. Wird aber so dem Gläubiger auch das jus variandi eingeräumt, so versteht es sich doch von selbst, daß dasselbe nicht über die Zeit der litis contestatio hin ausgedehnt werden darf, vgl. auch l. 112. pr. cit. („*donec judicium dictet*"). — Im zweiten Falle, wenn über das Wahlrecht nichts besonderes bestimmt ist, sondern dasselbe allgemeinen Grundsätzen nach dem Schuldner zusteht, gilt aber die Regel, daß derselbe bis zur wirklichen Zahlung seine Wahl noch immer ändern kann, l. 138. §. 1. de V. O.:

> „Quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, *licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestiturus sis,* quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus, quae inest",

vgl. l. 106. eod.: „tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvetur", l. 21. §. 6. de act. emt. vend. (19, 1), und es ist daher nach diesen klaren gesetzlichen Aussprüchen nicht wohl einzusehen, wie z. B. Thibaut, Syst. §. 81, Mühlenbruch, Lehrb. §. 325, Sintenis II. S. 29. Not. 53. u. A. dennoch dem Schuldner nur eine einmalige Wahlbefugniß einräumen wollen. Das versteht sich freilich von selbst, daß wenn über die einmal vorgenommene Wahl ein bindender Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossen worden ist, so daß darin ein Verzicht des Schuldners auf das ihm gesetzlich zustehende jus variandi gefunden werden kann, ein weiterer Wechsel nicht zulässig ist. Vgl. auch *Donell.* ad l. 106. de V. O. (in opp. XI. p. 1430 sqq.), *Giphan.* ad l. 106. cit. (in lect. Altorph. p. 940 sqq.), *Chesii* interpret. jur. l. c. 50. n. 82 sqq., *Schroeder* (praes. *Frommann*), de jure variandi. Tüb. 1681. nr. 263 sqq. (p. 89 sqq.), *Hert.*, de elect. ex obl. altern. debitori debita sect. II. §. 7. (in ejusd. opusc. vol. I. tom. 3. p. 239), Fritz, Erl. II. S. 11, Wächter, Erörtr. H. 3. S. 119, Heimbach S. 435, *Molitor* I. p. 291 sqq., Savigny I. S. 391, Holzschuher a. a. O. zu 3, Puchta, Lehrb. §. 221, Keller, Pand. §. 245. Wenn Ihering in sein. Jahrb. für Dogm. I. S. 31 fgg. und Demelius in der Gieß. Zeitschr. n. F. XVII. S. 19 fgg. die obigen Entscheidungen der Quellen lediglich aus dem strengen Charakter der Stipulation erklären wollen, und in Folge davon die heutige Anwendbarkeit derselben in Abrede stellen: so kann ich dieser Ansicht nicht zustimmen, da mir dieselben vielmehr konsequent aus dem Wesen der alternativen Obligation hervorzugehen scheinen; vgl. auch Arndts §. 203. Anm. 3, Windscheid II. §. 255. Not. 9.

3) Daß das Wahlrecht, wenn es der Regel gemäß dem Schuldner zusteht,

auch auf die Erben desselben übergeht, versteht sich von selbst. Dasselbe muß gewiß auch behauptet werden, wenn das Wahlrecht vertragsmäßig dem Gläubiger eingeräumt ist, l. 76. de V. O.:

> „Si stipulatus fuerim *illud aut illud, quod ego voluero*, haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret; *in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore*“

und die abweichende Meinung von *Donell.* ad l. 76. cit. (in opp. XI. p. 1272 sqq.), welcher unsere Stelle in äußerst gezwungener Weise so auslegen will, daß danach zwar wohl die *obligatio*, aber nicht die *electio* auf die Erben übergehe, ist gewiß mit größtem Rechte von jeher von den Meisten verworfen worden, vgl. z. B. *Kurrer* cit. §. XXXV sqq. und die dort XXXVI. zahlreich Zitt., *Hert.* cit. sect. IV. §. 1, *de Brassier* cit. §. 2. und alle Neueren. — Ob aber das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht auch auf den Zessionar übergehe, ist ausnehmend bestritten, vgl. über die Literatur dieser Streitfrage *Kurrer* cit. §. XXXIX. und XL. und Mühlenbruch, Cess. S. 264 fgg. Die richtige Ansicht, die auch namentlich von Mühlenbruch a. a. O., und unter den Aeltern z. B. von *Cujac.* ad l. 76. cit. (in opp. V. p. 239), *Giphan.* ad eand. leg. (in lect. Altorph. p. 899), *Ches.*, interpr. jur. II. c. 8. n. 13, *Olea*, de cess. jur. et act. tit. III. qu. 1. nr. 44 sqq. vertheidigt wird, scheint mir die zu sein, daß allerdings dem Zessionar das Wahlrecht zukomme, und zwar sprechen dafür nicht nur gute innere Gründe, sondern ganz entscheidend ist auch dafür die l. 75. §. 3. de legat. I.:

> „Si quis ita stipulatus: *Stichum aut decem, utrum ego velim*, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem *electionem habituro*, utrum Stichum an decem persequi malit“,

in welcher Stelle auch nicht die leiseste Andeutung vorkommt, daß hier etwa eine Singularität für das legatum nominis, oder wie Manche wollen, für die Fälle einer cessio *necessaria* ausgesprochen sei. Wenn sich dennoch Viele durch die oben abgedruckte l. 76. de V. O. und die damit in Verbindung gebrachte l. 141. pr. eod. zu der entgegengesetzten Meinung bestimmen lassen (vgl. z. B. unter den Aelteren *Donell.* cit., *Kurrer* cit., unter den Neueren Thibaut, Syst. §. 80. und in Braun's Erörtr. S. 110, *de Brassier* cit. §. 2), so ist dies darum unzulässig, weil in jenen Stellen nur der Satz ausgesprochen ist, daß, wenn ein Sklave oder Haussohn sich bei einer alternativen Stipulation die Wahl des Gegenstandes vorbehalten habe, dieses Wahlrecht nicht von dem Herrn oder Vater ausgeübt werden dürfe. Da dies aber auf eigenthümlichen Gründen beruht, nämlich auf dem bekannten Grundsatze des römischen Rechts, daß „ea, quae facti sunt, non transeunt ad dominum“, l. 44. pr. de condit. et dem. (35, 1), cf. §. 2. J. de stipul. servor. (3, 17), l. 38. §. 6. de V. O., so kann daraus kein Schluß auf die Unzulässigkeit einer Zession gemacht werden; vgl. besonders Mühlenbruch a. a. O., und s. auch Schmid, Grundlehren der Zession II. S. 101. 291.

4) Nicht selten wird behauptet, daß das Wahlrecht des Schuldners durch

Verzug desſelben aufgehoben werde, und auf den Gläubiger übergehe, vgl. z. B. Glück IV. S. 417, Schweppe, Lehrb. §. 379, Mejer in Schweppe's Handb. §. 379, Zimmern im ziv. Arch I. S. 326 fgg., während Andre einen ſolchen Uebergang des Wahlrechts wegen Verzugs nur im Falle einer alternativen Ortsbeſtimmung annehmen, vgl. z. B. Thibaut, Syſt. §. 99, *de Brassier* p. 31 sqq. Beide Parteien berufen ſich auf l. 2. §. 3. de eo quod certo loco (13, 4), wo Scävola den Grundſatz ausſpricht, daß bei einer alternativen Ortsbeſtimmung der Schuldner zwar allerdings vor der Klage an jedem der genannten Orte zahlen dürfe, daß aber, wenn es zur Klage komme, dem Kläger das Wahlrecht eingeräumt werden müſſe, weil ohnedies die ganze Exiſtenz der obligatio in den Willen des Schuldners geſtellt ſein würde; und als Konſequenz davon führt dann Scävola weiter an, daß, wenn an jedem der verſchiedenen Orte auch eine andere Leiſtung verabredet ſei, dem Kläger auch die Wahl der Leiſtung wegen der ihm zuſtehenden Wahl des Orts gebühre („Proinde mixta rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum; alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem"). Faßt man den Gedanken Scävola's nur einiger Maßen ſcharf auf, ſo muß ſich uns die Ueberzeugung aufdringen, daß, was hier von der alternatio locorum und von der alternatio locorum alternationi rerum mixta geſagt iſt, unmöglich auf den Fall einer reinen alternatio rerum ausgedehnt werden darf; denn augenſcheinlich läßt ſich Scävola in jenen Fällen nur nothgedrungen zu einer Abweichung von den gewöhnlichen Grundſätzen beſtimmen, weil ohnedies das ganze Klagrecht zu einem illuſoriſchen werden würde; dieſer Nothſtand iſt aber gerade nur im Falle einer alternatio locorum, aber ſchlechthin nicht bei einer bloßen alternatio rerum vorhanden. Uebrigens geht aus dem Bisherigen auch noch das hervor, das ſelbſt bei einer alternatio *locorum* nicht der Verzug des Schuldners es iſt, welcher den Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger herbeiführt, ſondern daß dabei rein nur der Zeitpunkt der Klaganſtellung entſcheidet. Iſt alſo, was meiſtens der Fall ſein wird, der Schuldner ſchon vor der gegen ihn erhobenen Klage in Mora, ſo wird ihm dadurch ſein Wahlrecht nicht entzogen, ſo wie er umgekehrt daſſelbe verliert, wenn, was ja auch leicht möglich iſt, die Klage gegen ihn angeſtellt wird, ohne daß er ſich in Verzug befände. Vgl. *Kurrer* cit. §. XXX., *Hert.* cit. sect. III. §. 7. und beſonders v. Madai, Mora S. 396 fgg., dem auch Wolff, Mora S. 468. beiſtimmt; ſ. auch Wächter, Erörtr. H. 3. S. 117 fg. Not. 64, Mommſen, Beiträge III. S. 259 fgg., Heimbach im Rechtsler. XII. S. 988 fgg., Windſcheid, Lehrb. II. §. 255. Not. 11.

Anm. 2. Was das Erlöſchen alternativer Obligationen durch den Untergang des Objekts anbelangt, ſo müſſen hierbei mehrfache Unterſcheidungen gemacht werden (vgl. beſ. *Kurrer* cit. §. LVIII sqq., Zimmern im ziv. Arch. I. Nr. 23, *de Brassier* cit. §. 4—7, 9—11, Thibaut in Braun's Erörter. S. 110 fgg.; ſ. auch Sintenis II. §. 106. zu Not. 50 fgg., Fuchs im ziv. Arch. XXXIV. S. 235 fgg., *Molitor* I. p. 295 sqq., Mommſen, die Unmöglichkeit der Leiſtung in ihrem Einfluß auf die obligat. Verhältniſſe. Braunſchw. 1853. S. 308 fgg., Holzſchuher a. a. O. zu 7). Vor Allem nämlich müſſen

die beiden Hauptfälle getrennt werden, je nachdem das Wahlrecht dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, und in jedem derselben muß dann wieder unterschieden werden, ob der Untergang durch reinen Zufall erfolgte, oder ob dabei eine Schuld, sei es des Debitor oder Kreditor, konkurrirt.

I. Wenn das Wahlrecht dem Schuldner zusteht, und

1) der Untergang erfolgt rein kasuell, so versteht es sich ganz von selbst, daß, wenn beide Objekte, welche in obligatione sind, durch Zufall zu Grunde gehen, die ganze Obligation nothwendig erlöschen muß. Geht aber blos eines der Objekte kasuell unter, so wandelt sich die alternative Obligation in eine obligatio simplex um, so, daß nun blos noch das übrig gebliebene Objekt in obligatione und in petitione ist, l. 3. §. 2. de eo quod certo loco (13, 4), l. 34. §. 6. de contr. emt. (18, 1), l. 95. §. 1. de solut. (46, 3). Es ist aber billig, daß der Schuldner, damit er nicht durch einen solchen casus in eine schlechtere Lage gebracht werde, sich doch auch durch die Leistung der aestimatio der zu Grunde gegangenen Sache von seiner Verbindlichkeit befreien kann, so daß diese aestimatio, wenn auch freilich nicht in obligatione, doch allerdings *in solutione* ist, und also ein Fall der s. g. *facultas* alternativa hier eintritt, l. 47. §. 3. de legat. I.:

> „Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, *fortassis vel mortui pretium*".

Dies mit Manchen (z. B. Puchta, Lehrb. §. 302. Not. d. und Vorles. ad h. l.) als eine Singularität bei den alternativen Legaten ansehen, oder darin mit Andren (vgl. bes. *Sc. Gentil.*, de divid. et indiv. oblig. c. 9, in opp. I. p. 121 sqq.) eine blos subjektive Meinung Ulpian's finden zu wollen, eine Meinung, welcher ihr Urheber selbst nicht recht traue (*fortassis!*), und die daher auch unmöglich als Gesetz angesehen werden dürfe: geht um so weniger an, da in l. 95. §. 1. de solut. (46, 3), eine sprechende Bestätigung jener Ulpianischen Lehre vorkommt. Dort wird nämlich von Papinian im Falle einer alternativen Stipulation dann, wenn das eine Objekt durch Schuld des Debitors vernichtet ist, diesem blos darum das Recht, die aestimatio des kulpos vernichteten weniger werthvollen Gegenstandes dem Gläubiger aufdringen zu dürfen, abgesprochen, „quoniam id pro petitore *in poenam promissoris* constitutum est", zum sicheren Zeichen, daß wenn keine culpa, und also keine Straffälligkeit des Schuldners vorliegt, jenes Recht ihm unbedenklich eingeräumt werden muß. — Was aber nach dem Vorhergehenden Rechtens ist, wenn das eine der beiden Objekte kasuell zu Grunde geht, dasselbe muß auch in dem Falle gelten, wenn vor der Zahlung eine der alternativ geschuldeten Sachen aus irgend einem Grunde in das Eigenthum des Gläubigers gekommen ist, l. 16. pr. de V. O., und die Unterscheidung zwischen einer causa lucrativa und onerosa, die Manche hierbei in der Art machen wollen, daß im letztren Falle doch auch noch die aestimatio der in's Eigenthum des Gläubigers übergegangenen Sache in obligatione bleibe, während dies im erstren Falle sich anders verhalte, beruht gewiß auf keinem haltbaren Grunde, vgl. *Kurrer* cit. §. LVI. und die dort zahlreich Zitirten, und s. auch Sell, über conc. duar. lucrat. caus. Zürich 1839. S. 174 fgg.

2) Wenn der Untergang des Objekts durch Kulpa des Schuldners herbeigeführt ist — welchem Fall auch der gleich zu setzen ist, wenn der Untergang während der Mora des Schuldners erfolgt —, so muß dann, wenn nur ein Objekt vernichtet, das andre aber noch vorhanden ist, dieses andre noch vorhandene als der einzige Gegenstand der obligatio angesehen werden, und auch das im Falle kasuellen Untergangs dem Schuldner zustehende Benefizium, den Werth der zu Grunde gegangenen Sache zahlen zu dürfen, ist in unsrem Falle nur dann zuzulassen, wenn die vernichtete Sache keinen geringeren Werth hat, als die noch vorhandene. Wenn Viele, z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 111, *de Brassier* cit. §. 5, Unterholzner I. S. 520, Fuchs a. a. O. S. 237 fg., Mommsen cit. S. 315. Not. 13. u. A., in diesem Falle dem Schuldner jene Befugniß ganz absprechen, so ist dies zwar wohl konsequent, aber schwerlich mit dem Ausspruch Papinian's in l. 95. §. 1. de solut. (46, 3) zu vereinigen, wonach dem Schuldner dieses Recht nur dann abgesprochen wird, „si [defunctus servus] forte longe fuit vilior", Zimmern a. a. O. S. 313 fgg., 316 fgg., Sintenis a. a. O. zu Not. 54, Beschorner in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. S. 241 fgg. — Sind aber beide Objekte zu Grunde gegangen, so ist zu unterscheiden:

A. Das Erste ist durch culpa des Schuldners vernichtet, das Zweite ist durch casus zu Grunde gegangen. Streng genommen ist hier die obligatio ganz erloschen, und der Schuldner liberirt, denn die kulpose Vernichtung kann ihm eigentlich nicht imputirt werden, da ja zur Zeit derselben noch die andre Sache vorhanden war, durch deren Leistung er den Gläubiger vollständig befriedigen konnte, l. 95. §. 1. de solut. Da er aber doch wenigstens mittelbar insoferne obligationswidrig gehandelt hat, daß er dem Gläubiger die Gefahr näher brachte, so ist es ganz in der Ordnung, diesem eine Entschädigungsklage einzuräumen. Im Falle die alternative Obligation durch ein negotium stricti juris, also namentlich durch stipulatio, begründet war, ist freilich nur die actio *doli* zulässig, und wegen bloser culpa des Schuldners kann also dem Gläubiger nicht geholfen werden, l. 95. §. 1. cit. Geht aber die obl. altern. aus einem negotium bonae fidei hervor, so ist unzweifelhaft die Kontraktsklage selbst, und zwar auch für den Fall einer bloßen culpa begründet. Immer aber kann mit dieser Entschädigungsklage nur die aestimatio desjenigen Objekts gefordert werden, welches den geringsten Werth hatte, sei dies nun das kulpos vernichtete, oder das kasuell zu Grunde gegangene, denn auch im letztren Falle ist dem Gläubiger durch die culpa des Schuldners doch wirklich nur die aestimatio dieser res vilior entzogen worden, indem diese ja immer, wegen der dem Schuldner zustehenden facultas alternativa, dem Gläubiger hätte aufgedrungen werden dürfen, auch wenn die werthvollere Sache nicht kulpos vernichtet worden, sondern noch vorhanden wäre. Die abweichende Ansicht von Zimmern S. 318, wonach ausschließlich der Werth der vom Schuldner zerstörten Sache in Betracht gezogen werden soll, beruht auf Nichtachtung der auch hier wichtig eingreifenden facultas alternativa.

B. Das Erste ist durch casus zu Grunde gegangen, das Zweite durch culpa des Schuldners zerstört worden. Hier fordert der Gläubiger unzweifelhaft

den Werth dieſes Zweiten, aber eben ſo gewiß darf ihn der Schuldner auch mit der aestimatio des erſten kaſuell untergegangenen Objekts abfinden; denn da er dies dürfte, wenn das Zweite noch vorhanden wäre (ſ. oben bei nr. 1), ſo muß er es auch dürfen, wenn er dieſes vernichtete.

C. Wenn beide Objekte durch culpa des Debitors vernichtet ſind, ſo fordert der Gläubiger den Werth des zuletzt zerſtörten, und dafür kann ihm auch nicht der etwaige geringere Werth des zuerſt vernichteten aufgedrungen werden, indem hier die oben beſprochene l. 95. §. 1. de solut. entgegen ſtehen würde.

3) Wir wenden uns zu dem Falle, wenn der Untergang durch Kulpa des Gläubigers herbeigeführt iſt. Wenn nur ein Object vernichtet, das andre noch vorhanden iſt, ſo iſt jetzt blos dieſes letztre in obligatione und in petitione, und der Gläubiger muß für die vernichtete Sache Schadenerſatz geben, deſſen Größe ſich aber begreiflich nicht blos nach dem Werthe dieſer Sache beſtimmt, ſondern, wenn die übrig gebliebene und dem Gläubiger gegebene Sache einen höheren Werth hat, auch dieſen mit umfaßt, l. 55. ad leg. Aquil. (9, 2). Doch iſt es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Schuldner auch das Recht hat, die übriggebliebene Sache zu behalten, und den Werth der vernichteten Sache dem Gläubiger als Zahlung anzurechnen; denn da ihm dieſe facultas im Falle zufälligen Untergangs zuſteht, ſo kann ſie ihm um ſo weniger abgeſprochen werden, wenn vom Gläubiger ſelbſt der Untergang herbeigeführt iſt; und daß Paulus in l. 55. cit. auf dieſe facultas alternativa keine Rückſicht nimmt, erklärt ſich leicht, da er ja in dieſer Stelle nicht die Theorie der obligatio alternativa entwickeln, ſondern nur an einem Beiſpiele die eigenthümlichen Grundſätze über Berechnung des Schadenerſatzes nach der lex Aquilia erläutern wollte. — Wenn aber beide Objekte zu Grunde gegangen ſind, und zwar

A. das erſte durch culpa des Gläubigers, das zweite durch casus, ſo iſt jetzt der Schuldner vollſtändig liberirt, und der Gläubiger muß Erſatz wegen des kulpos vernichteten präſtiren, wobei ganz ſo, wie in dem vorher erörterten Falle, auch der etwaige höhere Werth des nachher zufällig zu Grunde gegangenen Objekts in Betracht zu ziehen iſt, denn dieſer ſpätere zufällige Untergang vermag an der einmal begründeten Entſchädigungspflicht des Gläubigers nichts zu ändern, l. 55. ad leg. Aquil.:

> „Stichum aut Pamphilum promisi Titio, quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi, quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum“.

(Will man auch nicht mit Hal. und Char. ſtatt: *Jam* pretium etc. leſen: *Num* pret., ſo ſtimmen doch alle beſſern Interpreten darin überein, daß man hinter liberatus est promissor ein Fragezeichen ſetzen muß, vgl. auch Schol.

ad Basil. LX. 3. 55. (bei Fabr. VII. p. 114, bei Heimb. V. p. 322), während freilich in den meisten Ausgaben, und namentlich auch in den neueren von Gebauer, Kriegel uno Beck ein Komma steht, was einen ganz falschen Sinn gibt. Zum Beleg nehme man die gänzlich mißlungene Uebersetzung im deutschen Korp. jur. Bd. I. S. 791, wo jener Passus so lautet: „Hier wird der Werth des Stichus abgezogen (!), weil der Versprecher von seiner Verbindlichkeit befreit wird, und es genügt, daß jener zu der Zeit, als er erschlagen ward, einen größeren Werth gehabt habe, oder wenigstens binnen Jahresfrist").

B. Wenn das erste Objekt durch Zufall, das zweite durch Schuld des Gläubigers zu Grunde geht, so hat sich nach dem kasuellen Untergang des ersten die Obligation auf das andre übriggebliebene reduzirt, und wenn der Gläubiger dieses vernichtet, so ist es eben so, wie wenn er bei einer obligatio simplex die einzige res debita zerstört hätte, d. h. der Schuldner wird liberirt, und kann mit der actio legis Aquiliae nur dann, und nur insoweit auftreten, wenn und inwieweit sein verletztes Interesse den reinen Sachwerth des vernichteten Objekts übersteigt. Namentlich kann hierbei auch die bekannte eigenthümliche Berechnung des Schadenersatzes nach der lex Aquilia in Betracht kommen, wonach, wenn aus dem ersten Kapitel geklagt wird, ein Jahr rückwärts gegriffen werden muß. Nehmen wir ein Beispiel. Der A. verspricht dem B. alternativ die Sklaven Stichus oder Pamphilus, welche beide am 1. Januar denselben Werth von 20 haben; am 1. Februar stirbt Pamphilus, und der Werth des Stichus sinkt aus irgend einem zufälligen Grunde auf 12; am 1. März tödtet der Gläubiger diesen Stichus. Wäre Stichus nicht zugleich eine res debita, so würde der A. volle 20 fordern, obwohl der getödtete Sklave im Augenblick der Tödtung nur 12 werth war; da aber derselbe auch an den B. geschuldet wurde, so gehen von diesen 20 so viele ab, als der wirkliche Werth desselben im Augenblicke der Tödtung war, weil ja soweit wegen der erfolgten Liberirung des Schuldners kein wahres damnum für denselben vorliegt, und es entscheidet sich also unser Fall dahin, daß der Schuldner A. durch jene kulpose Tödtung von Seiten des Gläubigers von seiner Schuld befreit wird, und außerdem noch 8 mit der actio leg. Aquiliae einfordert. Hieraus erklären sich dann auch die meistens mißverstandenen oder übersehenen Schlußworte der l. 55. ad leg. Aquil., welche unmittelbar nach dem vorher bei lit. A. ausgezogenen Passus so lauten:

„Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse".

Der Fall ist folgender. Ich verspreche alternativ den Stichus im Werth von 10, oder den Pamphilus im Werth von 20; jetzt stirbt der Letztere, und hierauf vor Ablauf eines Jahres tödtet der Gläubiger den Ersten. Wie steht es mit der actio leg. Aquiliae? Man sollte denken, diese Klage falle für den Schuldner ganz hinweg; denn da er durch die Handlung seines Gläubigers von der Schuld im Betrag von 10 ganz liberirt wird, und da auch der getödtete Sklave den Werth von 10 niemals überschritten hat, so ist von einem Schaden, welchen er erlitten, keine Rede. Aber — so argumentirt hier Paulus — nach dem ersten Kapitel der lex Aquilia müssen wir bei der aestimatio des getödteten Sklaven ein Jahr zurückgreifen, und da kommen wir in unsrem Falle auf eine Zeit, wo neben

dem Stichus noch der werthvollere Pamphilus am Leben war; eben deshalb aber hatte damals auch der Stichus selbst einen höhern Werth, und wäre er zu jener Zeit getödtet worden, so würde sein Herr nicht blos 10, sondern 20 haben fordern dürfen; und aus diesem Grunde muß also auch jetzt, nach dem Tode des Pamphilus, wenn nur dieser Tod nicht weiter als ein Jahr zurück liegt, der getödtete Stichus nicht blos im Werthe von 10, sondern im Werthe von 20 taxirt werden, so daß nun wegen dieser überschießenden 10 der liberirte Schuldner allerdings die actio legis Aquiliae gegen seinen Gläubiger gebrauchen darf. — Wir haben bisher den Fall vor Augen gehabt, wenn die zuerst kasuell zu Grunde gegangene Sache einen höhern Werth hatte, als die nachher vom Gläubiger vernichtete; für den umgekehrten Fall tritt aber natürlich auch wieder die schon öfter berührte facultas alternativa ein, vermöge deren der Schuldner Anspruch auf den vollständigen Ersatz des kulpos vernichteten Objekts hat, und davon nur den Werth der *ersten* kasuell zu Grunde gegangenen Sache abzieht.

C. Werden beide Objekte vom Gläubiger vernichtet, und zwar zu verschiedenen Zeiten, so ist, sobald das erste zerstört ist, für den Schuldner ein Anspruch auf volle Entschädigung nach den oben im Eingang von Nr. 3 angedeuteten Grundsätzen begründet. Wird nun nachher noch das zweite dazu vernichtet, so treten für dieses zweite die unmittelbar vorher bei 3. B. erörterten Grundsätze ein, so daß also auch wegen dieses zweiten unter Umständen eine actio legis Aquiliae angestellt werden kann, nämlich dann, wenn das durch die zweite Kulpa des Gläubigers verletzte Interesse mehr beträgt, als der Sachwerth des zweiten Objekts. Man nehme unsren obigen Fall, wonach der Schuldner alternativ den Pamphilus im Werth von 20, oder den Stichus im Werth von 10 versprochen hat. Tödtet jetzt der Gläubiger zuerst den Pamphilus, so hat deshalb der Schuldner eine actio legis Aquiliae auf 20, wogegen seine obligatio sich auf den Stichus reduzirt. Tödtet nun der Gläubiger auch diesen Stichus, so wird der Schuldner ganz befreit, und der Gläubiger haftet überdies, sofern nur die Tödtung innerhalb eines Jahres nach der Tödtung des Pamphilus erfolgte ex lege Aquilia noch für 10, so daß er im Ganzen 30 an den Schuldner zu bezahlen hat. Wäre dagegen zuerst der minderwerthe Stichus, und hierauf der Pamphilus getödtet worden, so würde der Schuldner doch immer nur 20 ex lege Aquilia fordern dürfen. Daß in diesen Fällen die facultas alternativa des Schuldners keinen Vortheil für denselben herbeiführen kann, leuchtet von selbst ein. — Wenn die kulpose Zerstörung der beiden Objekte *gleichzeitig* geschehen ist, so ist die natürlichste Entscheidung die, daß der Schuldner für *beide* Objekte ganz nach den Prinzipien der lex Aquilia vollen Schadenersatz fordert, und davon nur den Sachwerth des mindest werthen in Abzug bringt.

II. Wir gehen zu dem zweiten Hauptfalle über, wenn nämlich das Wahlrecht dem *Gläubiger* zusteht. Wenn hier:

1) der Untergang *kasuell* erfolgt, so versteht es sich auch hier ganz von selbst, daß, wenn beide Objekte untergehen, die ganze Obligation erlöscht, während, wenn nur eines zu Grunde geht, durchaus nur das übrigbleibende in petitione und in solutione ist, und der Gläubiger nicht etwa auch den Werth des unter-

gegangenen fordern darf, l. 34. §. 6. de contrah. emt. (18, 1), l. 95. pr. de solut. (46, 3).

2) Wenn bei dem Untergang eine Kulpa des Schuldners vorkommt, so hat, wenn nur ein Objekt durch den Debitor vernichtet wird, der Gläubiger die Wahl, ob er das noch vorhandene, oder vielmehr den Werth des vernichteten haben will, denn es leuchtet ein, daß das Wahlrecht des Gläubigers durch die kulpose Handlung des Schuldners nicht vereitelt werden darf. Eben darum hat auch der Gläubiger, wenn beide Objekte vom Schuldner vernichtet werden, noch fortwährend die Wahl, für welches von Beiden er Ersatz fordern will, während natürlich wenn nur das eine culpa debitoris, das andre aber casu untergeht, der Gläubiger immer nur den Werth des kulpos vernichteten begehren kann, wobei es denn auch durchaus keinen Unterschied macht, welches von beiden früher, welches später untergegangen ist.

3) Wenn eine Kulpa des Gläubigers den Untergang herbeiführt, und es ist nur ein Objekt vernichtet, so gehen manche Juristen von dem Grundsatze aus, daß das kulpos vernichtete Objekt als empfangen angesehen werden müsse, so daß also der Gläubiger auf das übrigbleibende schlechthin keinen Anspruch machen könne, vgl. namentlich Thibaut, Syst. §. 81. a. E. und in Braun's Erörtr. S. 114. Andre dagegen nehmen an, daß der Gläubiger durch kulpose Vernichtung des einen Objekts sein Wahlrecht schlechthin nicht verliere, indem er für eine solche kulpose Handlung durch hoch berechnete aestimatio büße, von einem Verluste des Wahlrechts aber nirgends in den Gesetzen die Rede sei, vgl. bes. Zimmern a. a. O. S. 333 fgg., *de Brassier* §. 10. u. s. auch *Molitor* I. p. 300, Mommsen a. a. O. S. 317. Es scheint, als wenn man keiner dieser Ansichten beistimmen könnte. Die erstere, wonach die kulpose Vernichtung gleichsam als Ausübung des Wahlrechts aufzufassen wäre, ist weder natürlich, noch in den Gesetzen begründet; denn, wenn sich Thibaut dafür auf l. 105. de V. O. und l. 72. de solut. (46, 3) beruft, so kann aus diesen Stellen nur der davon sehr verschiedene Satz abgeleitet werden, daß dann, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, und er durch Anbieten eines der Objekte den Gläubiger in eine mora accipiendi versetzt, dieses auf Gefahr des Gläubigers stehe, und also mit seinem Untergange die ganze obligatio erlösche; und nur für diesen sehr natürlichen Satz führt auch wirklich *Kurrer* cit. c. 7. n. 37 sqq. (§. LIX), welchen Thibaut mit Unrecht als Gewährsmann für seine Meinung nennt, jene beiden Gesetze an. Aber auch die andre Meinung, daß das Wahlrecht nach der kulposen Vernichtung des einen Objekts noch fortdaure, und der Gläubiger also entweder die aestimatio des vernichteten, oder das übrigbleibende Objekt wählen dürfe, scheint mir bedenklich. Wenn ein Objekt durch Zufall untergeht, so erlöscht ganz entschieden jenes Wahlrecht, und der Gläubiger darf nichts als das vorhandene fordern; sollte sich dieses im Falle der kulposen Vernichtung von Seiten des Gläubigers anders verhalten? Mir scheint demnach die natürlichste, und durch die Entscheidung der l. 95. §. 1. de solut. wesentlich unterstützte Ansicht die zu sein, daß der Gläubiger in einem solchen Falle durchaus nur das übrigbleibende fordern darf, und für das vernichtete vollständigen Ersatz nach den Grundsätzen der lex Aquilia prästiren muß; s. auch Sintenis II.

S. 476. Nimmt man diese Meinung an, so gehen daraus auch wichtige Folgen für den andren, jetzt noch zu betrachtenden Hauptfall hervor, wenn beide Objekte zu Grunde gehen. Wenn nämlich

A. Das erste durch culpa des Gläubigers, das zweite durch casus untergeht, so nehmen sowohl Thibaut als Zimmern, obwohl Beide aus verschiedenen Gründen an, daß zwar die obligatio jetzt erloschen, aber der Gläubiger auch zu keinem Schadenersatz verpflichtet sei. Ich muß dies nach dem vorhergehenden für irrig halten. Durch die kulpose Vernichtung des einen Objekts ist der Gläubiger unbedingt zum Schadenersatz verpflichtet, und die oblig. alternativa ist zu einer simplex geworden. Geht nun das übriggebliebene Objekt, welches jetzt allein noch in obligatione ist, durch Zufall unter, so wird dadurch der Schuldner vollständig liberirt, ohne daß dies auf die einmal begründete Verbindlichkeit des Gläubigers zum Schadenersatz irgend einen Einfluß äußern kann. Es ist also dieser Fall ganz eben so zu entscheiden, wie der oben bei l. 3. A. erörterte, wenn der Schuldner die Wahl hat, und eines der Objekte durch Kulpa des Gläubigers, und hieranf das andre durch casus zu Grunde geht; und diese gleiche Entscheidung ist auch gewiß sehr verständig, indem man nicht wohl einsehen kann, wie das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht einen so sehr großen Einfluß äußern dürfte, wie dies nach jenen anderweiten Ansichten der Fall sein müßte. Nur in Betreff der Taration des Schadens müssen in unsrem Falle begreiflich andre Gesichtspunkte eintreten, als in dem Falle, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat, indem dabei auf den etwaigen höhern Werth des nachher zufällig zu Grunde gegangenen Objekts schlechthin keine Rücksicht genommen werden darf. Nehmen wir wieder das Beispiel der l. 55. ad leg. Aquil., wonach Stichus im Werth von 10 oder Pamphilus im Werth von 20 alternativ versprochen worden sind. Tödtet der Gläubiger den Stichus, und stirbt nachher der Pamphilus, so muß der Gläubiger, wenn der Schuldner die Wahl hat, nicht blos 10, sondern 20 als Entschädigung zahlen, während, wenn dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, derselbe immer nur zu einem Schadenersatz von 10 verpflichtet ist.

B. Wenn das erste Objekt durch casus, das zweite durch culpa des Gläubigers zu Grunde gegangen ist, so kann verständiger Weise eine Meinungs-Verschiedenheit bei Entscheidung dieses Falls nicht eintreten. Durch den kasuellen Untergang des einen Objekts ist nämlich anerkannter Weise die alternative Obligation eine simplex geworden, und wenn nun der Gläubiger das andre Objekt, welches jetzt allein in obligatione ist, kulpos vernichtet, so muß Alles gerade so gehalten werden, wie wenn dieses zweite Objekt von jeher das einzige gewesen wäre, d. h. der Schuldner wird vollständig liberirt, wogegen aber auch der Gläubiger nur dann und nur insoweit zu einem Schadenersatz verpflichtet ist, als das nach gewöhnlichen Grundsätzen zu berechnende Interesse des Schuldners den Sachwerth dieses zweiten Objekts übersteigt. Also auch dieser Fall muß im Prinzip ganz so entschieden werden, wie der ähnliche, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat (I. 3. B.), nur daß auch hier natürlich die Taration des Schadens wegen des dem Gläubiger zustehenden Wahlrechts sich anders gestaltet, und namentlich die oben aus den Endworten der l. 55. ad leg. Aquil. ab-

geleitete Entscheidung hierbei nicht Platz greifen kann, so wie denn auch in unsrem Falle von selbst wegfällt, was aus der *facultas* alternativa des zur Wahl berechtigten Schuldners hervorgeht.

C. Werden beide Objekte durch Kulpa des Gläubigers vernichtet und zwar zu verschiedenen Zeiten, so nimmt Thibaut an, daß das zuerst vernichtete als empfangen anzunehmen, das letzte aber vom Gläubiger zu bezahlen sei, während Zimmern demselben das Wahlrecht gestattet, für welches von beiden er Entschädigung geben wolle. Aus unsren vorhergehenden Erörtrungen folgt aber von selbst, daß der Gläubiger vielmehr für das zuerst vernichtete unbedingt zum Schadenersatz verpflichtet ist, und möglicher Weise auch noch wegen des zweiten von ihm zerstörten Objekts ex lege Aquilia haftet, wenn und soweit die Interessenforderung des Schuldners den reinen Sachwerth des zweiten Objekts übersteigt, was hier freilich viel seltener vorkommen wird, als in dem entsprechenden oben bei I. 3. C. erörterten Falle, wenn der Schuldner die Wahl hat. — Sind die beiden Objekte gleichzeitig durch den Gläubiger vernichtet worden, so ist die angemessenste Entscheidung die, daß der Gläubiger für beide Objekte nach den Grundsätzen der lex Aquilia zum Schadenersatz verpflichtet ist, davon aber den Sachwerth desjenigen Objekts abzieht, welches den meisten Werth hat. —

Die mancherlei Kombinationen, die sich hier noch denken lassen, wie z. B. wenn das eine Objekt durch culpa des Schuldners, das andre durch culpa des Gläubigers zu Grunde geht, oder wenn mehr als zwei Objekte in der alternativen Oligation begriffen sind, unter welcher Voraussetzung sich eine große Mannigfaltigkeit von Fällen konstruiren läßt, alle diese Kombinationen bedürfen für denjenigen, welcher die der obigen Erörterung zu Grunde liegenden Prinzipien begriffen hat, keiner besondren Ausführung, und werden daher billig übergangen. —

B) Von Geldschulden. §. 570.

Cod. XI. de veteris numismatis potestate. — Koch I. S. 46 fgg., Unterholzner I. S. 230 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 85, G. Hufeland, über die rechtl. Natur der Geldschulden (1807); neu herausgegeben von A. Hufeland. Berl. 1851, Savigny I. S. 403 fgg. bes. S. 440 fgg., Souchay in Gieß. Zeitschr. N. F. IX. S. 340 fgg. Vgl. auch Holzschuher III. §. 212, Arndts, Lehrb. §. 205, Windscheid, Lehrb. II. §. 256.

Anm. Ueber die Frage, welchen Einfluß eine Münzveränderung auf die Zahlung einer Geldschuld äußere, haben wir eine reiche Literatur, vgl. die zahlreichen Schriften bei *Lipen* und dessen Fortsetzern s. v. monetae mutatio. Hervorzuheben ist besonders *Fels* (praes. Schrader), quid debito pecuniario contracto praesertim mutationib. circa pec. interim factis, solvendum sit?

Tüb. 1814. und Pfeiffer, prakt. Ausf. I. Nr. 7, VII. Nr. 5. Die neueste Abh. von *Mees*, de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitae. Roterod. 1838. beschäftigt sich zum größten Theile mit französ. Rechte. — Es kommt hierbei hauptsächlich auf folgende Punkte an:

I. Wenn von einer Geldschuld im eigentlichen Sinne die Rede ist, d. h. wenn die Schuld blos auf eine gewisse Summe gerichtet ist, so gilt die natürliche Regel, daß der Schuldner das Recht hat, in jeder beliebigen Münze die Zahlung vorzunehmen, vorausgesetzt nur, daß sie wirklich gangbar ist; denn kassirte oder ausländische Münzen, die im Inlande keinen Kurs haben, sind gar nicht als Geld zu betrachten, und dürfen daher dem Gläubiger, auch wenn gegen ihren Metallwerth nichts eingewendet werden kann, niemals aufgedrungen werden, vgl. auch l. 24. §. 1. de pigner. act. (13, 7). Da Scheidemünzen so ausgeprägt zu werden pflegen, daß ihr wirklicher Metallgehalt viel geringer ist, als ihr Nominalwerth, so daß ihre Bestimmung im Verkehr nicht eigentlich die ist, Träger eines bestimmten Werths zu sein, sondern vielmehr die andre, als Ausgleichungs-Zeichen zu dienen, so ist der Schuldner begreiflich auch noch insofern beschränkt, daß er größere Summen nicht in solcher Scheidemünze abtragen darf, und so enthält schon der R. A. zu Regensb. v. 1576. §. 76. die Bestimmung, daß der Gläubiger nicht schuldig ist „in den Zahlungen über 25 fl. (d. i. 58⅓ fl im 24 fl.-Fuß) an halben Batzen oder andren kleinen Sorten für Wehrschaft anzunehmen", und ähnliche Bestimmungen kommen auch in neuern Partikulargesetzen vor. Wenn übrigens manche Juristen behaupten, daß von jenem Wahlrechte des Schuldners bei dem Geld-Darlehn eine Ausnahme vorkomme, indem hier immer in denselben Münzsorten, in denen die Zahlung geschehen sei, auch die Rückzahlung erfolgen müsse, so läßt sich dies weder aus der Natur der Sache rechtfertigen — indem doch augenscheinlich die Erfordernisse eines stillschweigenden Vertrags nicht vorliegen —, noch auch durch Gesetze begründen; denn die bekannten gesetzlichen Aussprüche, wonach bei dem Darlehn res *ejusdem generis* zurückgegeben werden sollen, vgl. z. B. l. 3. de reb. cred. (12, 1), führen nur dahin, daß Geld, nicht aber auch, daß eine bestimmte Geldsorte zurückerstattet werden müsse, cf *Seneca*, de benef. VI. 5, und eben so wenig beweist auch l. 99. de solut. (46, 3):

> „Creditorem non esse cogendum, in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus est".

Wenn man nämlich auch in dieser vielbesprochenen Stelle (vgl. die Nachweisungen bei Glück XII. S. 66. Not. 74. und *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. [tom. VII. p. 126], u. s. auch noch *Fels* cit. p. 32. not. a., Savigny I. S. 470 fg., Heimbach, Kreditum S. 244 fg.) die allerdings natürlichere Lesart: *creditorem* beibehält, vgl. auch Basil. XXVI. 5. 99, so muß hier doch immer ein besondrer Vertrag über die Münzsorte subintelligirt werden, und es ist ganz willkührlich, die Worte in aliam formam gerade mit quam qua *dedit* ergänzen zu wollen, da die Ergänzung des Gedankens mit quam qua *pactus est* eben so nahe liegt; überdies lies't aber die Florent.: „*Debitorem* non esse" etc., und auch diese Lesart gibt einen guten Sinn, wenn man unter dem debitor den künftigen Schuldner, den debiturus versteht, und einen Vertrag über die Münzsorten

supponirt. — Wieviel aber von der gewählten Münzsorte der Schuldner zu zahlen habe, muß nach dem einfachen Grundsatze bemessen werden, daß so viele Münzstücke gegeben werden müssen, daß dieselben nach ihrem äußeren Werthe im Augenblicke der Zahlung, die schuldige Summe erfüllen; ein Grundsatz, der zwar sehr häufig geläugnet wird (vgl. unter den Neueren bes. Glück XII. S. 67 fgg. und die zahlreich dort Zitt. und *Mees* cit. p. 30 sqq.), der aber doch unleugbar aus dem richtig verstandenen Wesen des Geldes und der Geldschuld mit Nothwendigkeit hervorgeht, vgl. auch *Fels* cit. cap. 4, bes. p. 65 sqq., Pfeiffer a. a. O. S. 64 fgg., Hufeland a. a. O. S. 25 fgg., Savigny S. 442 fgg. und auch *Mees* cit. p. 38 sqq. muß anerkennen, daß dieser Grundsatz den Ansichten des römischen Rechts über Geld durchaus angemessen sei. Unter dem äußeren Werthe ist aber keineswegs immer, wie Viele wollen (s. z. B. noch Sintenis Not. 19. und Souchay a. a. O.), der Nennwerth, d. i. derjenige Werth, welcher der Münze nach der Absicht ihres Urhebers beizulegen ist, sondern vielmehr regelmäßig der Kurswerth zu verstehen: denn dies ist bei ausländischen Münzen immer, und bei inländischen wenigstens dann der Fall, wenn der Nennwerth durch kein Zwangsgesetz fixirt ist; vgl. auch Savigny a. a. O., Holzschuher ad 3, Arndts Anm. 5, Windscheid Anm. 13. u. A. m. (Daß dieses von jeher meine Ansicht war, wenn ich es auch nicht so ausdrücklich, wie jetzt hervorgehoben hatte, geht mit Evidenz aus den folgenden, unverändert aus den früheren Auflagen in die gegenwärtige herübergenommenen Erörterungen, namentlich bei der gleichfolgenden Nr. 1. hervor, so daß ich nicht wohl einsehen kann, weßhalb Savigny S. 478. mich zu den Vertheidigern der Ansicht zählt, daß bei Geldschulden immer blos der Nennwerth zu berücksichtigen sei). Wenn also

1) blos der innere Werth der vom Schuldner gewählten Münzsorte nach kontrahirter Geldschuld sich geändert hat, der äußere aber beibehalten ist, so ist jene Veränderung ohne allen Einfluß, und wenn also z. B. der Schuldner, welcher 1000 Fl. in vollwichtigen Münzen erhalten hat, diese Summe in neuen Thalerstücken, die zwar den vollen äußeren Werth haben, aber nicht ganz vollwichtig sind, zurückerstattet, so hat zwar der Gläubiger weniger Metallwerth zurückerhalten, als er weggegeben hat, aber doch gerade so viel Geld, worauf es ja doch bei einer Geldschuld allein ankommt, und durch diese einfache Bemerkung erledigen sich von selbst die meisten Argumente der Gegner. Wenn sich dieselben aber noch besonders darauf berufen, daß es in solchen Fällen — wenn bei einer Verschlechterung des innern Werths der äußere bleibe — ein Erfahrungssatz sei, daß sich die Preise der Waaren in demselben Verhältniß erhöhen, und daß also der Gläubiger nur scheinbar eben so viel Geld zurückerhalte, aber nicht wirklich, weil er mit den zurückempfangenen Münzen ja doch nicht so viel ausrichten könne, wie mit den weggegebenen, vgl. Glück a. a. O.: so würde dieses Argument nur in dem äußerst seltenen Falle zutreffen, wenn alle in einem Lande kursirenden Münzsorten in sehr beträchtlicher Weise schlechter ausgeprägt und ihr äußerer Werth durch Zwangsgesetze in unangemessener Höhe erhalten würde. In einem solchen Falle aber, der nicht wohl anders vorkommen kann, als wenn der Staat sich durch außerordentliche und jedenfalls

nur transitorische Maßregeln aus einem wahren Nothstande retten muß, würde es doch augenscheinlich der Intention jener Zwangsgesetze ganz zuwider sein, wenn man dergleichen Münzen bei Zahlung von Geldschulden auf ihren innern Werth zurückführen wollte, und wie der Staat selbst bei allen seinen Schulden die neue Münze als vollwichtig ansieht, und die Unterthanen sie aus seinen Händen als vollwichtig empfangen, so muß es diesen Empfängern auch gestattet sein, sie wieder als vollwichtig an ihre Gläubiger zu verausgaben.

2) Wenn umgekehrt blos der äußere Werth der Münzen sich verändert hat, so führen die bisherigen Erörterungen von selbst zu dem Grundsatze, daß der Schuldner gerade nur den äußern Werth zu Grunde legt, den die gezahlten Münzstücke im Augenblicke der Zahlung haben, ohne daß dabei irgend der größere oder geringere äußere Werth, den dieselben im Augenblicke der Entstehung der Schuld hatten, zu berücksichtigen ist. Freilich sind auch hier die Meinungen unsrer Juristen sehr getheilt, und so nehmen Viele, wenn der äußere Werth inzwischen gestiegen ist, an, daß der Schuldner dennoch soviel Münze zurückzahlen müsse, wie er im Augenblicke der entstandenen Schuld hätte zahlen müssen, Glück a. a. O. S. 84 fgg. und die dort Angeff., und wenn der äußere Werth inzwischen gefallen ist, so soll auch hier nach Manchen die Zeit des Kontrakts, nicht die der Zahlung entscheiden, *Mees* cit. p. 30 sqq., während nach Andren unterschieden werden soll, ob mit dem Abfalle des äußeren Werths auch der Preis der Waaren verhältnißmäßig gefallen sei, oder nicht, so daß im ersten Falle die Zeit des Kontrakts, im zweiten die der Zahlung zu Grunde gelegt werden müsse, Glück S. 86 fgg. Einer besondern Widerlegung bedürfen aber diese verschiedenen Ansichten in keiner Weise.

3) Wenn der Münzfuß verändert ist, so versteht es sich von selbst, daß zunächst immer die Größe der schuldigen Summe in Gemäßheit des neuen Münzfußes ermittelt werden muß, worauf dann die Zahlung der einzelnen Münzstücke gerade so geschieht, wie wenn die durch jene Reduktion gefundene Summe von Anfang an geschuldet wäre. Setzen wir, es ist eine Geldschuld von 100 Thalern zu einer Zeit entstanden, wo der 18 Guldenfuß herrschte, und nach Einführung des 21 Guldenfußes soll die Zahlung erfolgen. Hier ist die nächste Prozedur, daß man nach der Proportion $18 : 100 = 21 : \times$ die jetzt wirklich schuldige Summe aufsucht, also $= 116\frac{2}{3}$ Thaler, und die so gefundene Summe ist nun in beliebigen Münzen nach ihrem dermaligen äußern Werthe gerade so zu zahlen, wie wenn der Schuldner unter der Herrschaft des neuen Münzsystems $116\frac{2}{3}$ Thaler schuldig geworden wäre.

4) Daß auch die Veränderung des Tauschwerthes auf Geldschulden von Einfluß sein dürfe, wird von den Meisten verneint, und soviel versteht sich freilich ganz von selbst, daß eine blos momentane Theurung oder Wohlfeilheit, welche auf zufälligen vorübergehenden Gründen beruht, schlechthin irrelevant ist. Es ist aber bekannt, in welch' beträchtlicher Weise der Werth des Geldes im Lauf der Zeiten, insbesondere in den drei letzten Jahrhunderten gesunken ist, und da wird denn namentlich für Erbpachtungen und ähnliche Verhältnisse die Frage von großer Bedeutung, ob nicht auf diese bleibende Veränderung gebührende Rücksicht zu nehmen sei? Gesetzt, vor einigen 100 Jahren ist ein Gut in Erb-

pacht gegeben worden mit einem jährlichen Kanon von 100 Thalern, und es läßt sich nachweisen, daß man damals diese Summe als vollkommen passendes Aequivalent für die Früchte ansah, die h. z T. mit 300 bezahlt werden würden; kann hier der Eigenthümer eine verhältnißmäßige Erhöhung des Kanon fordern? Behält man den eigentlichen wahren Werth des Geldes, als allgemeines Tauschmittel im Auge, und faßt man mehr den Sinn des Vertrags, als die Worte desselben auf, so möchte sich das Recht zur Erhöhung in einem solchen Falle wohl schwerlich in Abrede stellen lassen, obwohl freilich der praktischen Geltendmachung eines solchen Rechts die größten Schwierigkeiten in den Weg treten werden, denn ein genügender juristischer Beweis über das Verhältniß des Tauschwerths in den verschiedenen Zeiten wird kaum geführt werden können.

II. Wenn die Schuld auf eine gewisse Summe in einer bestimmten Münzsorte geht. Auch in diesem Falle ist eine wahre Geldschuld vorhanden, und es müssen daher alle bei I. dargestellten Grundsätze zur Anwendung kommen, mit der einzigen sich von selbst verstehenden Beschränkung, daß der Schuldner hier nicht unter den verschiedenen Münzsorten zu wählen hat, sondern gerade die obligationsmäßig bestimmte leisten muß. Existirt diese nicht mehr oder könnte sie doch nur mit unverhältnißmäßigem Aufwande aufgebracht werden, oder läßt sich nachweisen, daß der Gläubiger an der Zahlung in dieser bestimmten Sorte kein verständiges Interesse hat (l. 99. de solutionib.), so darf der Schuldner auch in andern Sorten zahlen, obwohl es doch, wenigstens in den beiden ersten Fällen, die Natur der Sache mit sich zu bringen scheint, daß die substituirte Sorte sich möglichst der obligationsmäßig bestimmten annähere.

III. Ganz anders ist aber der Fall zu behandeln, wenn eine bestimmte Stückzahl von Münzen einer bestimmten Sorte Gegenstand der Schuld ist. Allerdings ist es auch in einem solchen Falle möglich, daß nach der wahren Absicht der Interessenten hiermit nur die Größe der schuldigen Summe, und die Geldsorte in welcher die Schuld zu zahlen ist, ausgedrückt werden soll, und wenn dies wirklich nachgewiesen werden kann, so müssen natürlich die Regeln unter Nr. II. zur Anwendung kommen, Sintenis II. S. 65 fg Regelmäßig ist aber in einem solchen Falle gar keine eigentliche Geldschuld vorhanden, so daß eine Summe wahrer Gegenstand der obligatio wäre, sondern die einzelnen Münzstücke gelten hier wie gewöhnliche res fungibiles, deren Quantität und Qualität, ohne alle Rücksicht auf ihren äußern Werth, schlechthin nach dem Augenblicke der Entstehung der obligatio zu bemessen ist, und wenn also z. B. Jemand 100 Stück Kronthaler im Jahre 1840 schuldig geworden ist, so muß er jetzt 100 Stück dieser Sorte, die denselben Metallgehalt haben, wie in jener Zeit, zahlen, einerlei, ob der äußere Werth sich indessen verändert hat, oder nicht, gerade so, wie derjenige, welcher etwa zu jener Zeit 100 Scheffel Korn schuldig geworden ist, jetzt zur Zeit der Zahlung 100 Scheffel eben so guten Getreides geben muß, ohne alle Rücksicht auf die etwaige Verschiedenheit des Preises von damals und jetzt. Es leuchtet also ein, daß in solchen Fällen bei der Zahlung nur, aber auch immer auf den innern Werth der Metallstücke zur Zeit der kontrahirten Schuld gesehen werden muß, während ein Steigen oder Fallen des äußern Werths ganz irrelevant ist; und selbst, wenn die in

Frage stehende Münzsorte kassirt wäre, würde dies der Zahlung in derselben schlechthin nicht im Wege stehen, denn das, was hier wirklich in obligatione ist — Metallstücke von gewissem Inhalt und Gepräge — ist ganz unabhängig von der äußern Geltung dieser Stücke als Geld, und die l. 24. §. 1. de pign. act. spricht nur von eigentlichen Geldschulden, nicht von unsrem Falle, vgl. auch *Fels* cit. p. 42. — Ist es aber dem Schuldner unmöglich, oder doch wenigstens äußerst schwierig, gerade Münzstücke der schuldigen Sorte aufzutreiben, so muß er die aestimatio prästiren, und dabei wird denn zu unterscheiden sein, ob doch jene Münzsorte noch im Verkehr ist, und einen äußern Werth behauptet — was begreiflich sehr wohl vorkommen kann, obwohl sie so selten an einzelnen Orten geworden ist, daß größere Summen in derselben nicht leicht zusammengebracht werden können —, oder ob sie ganz aus dem Verkehr verschwunden ist. Im erstren Falle muß die aestimatio nach dem äußeren Werthe, den jene Stücke jetzt im Augenblicke der Zahlung haben, bestimmt werden, und es würde ganz fehlerhaft sein, hier auch wieder den innern Werth zu Grunde legen zu wollen, indem ja überall, wo die aestimatio an die Stelle des eigentlichen Obligations-Objekts tritt, der Geldwerth desselben ermittelt werden muß. Im andren Falle, wenn die bedungene Münzsorte ganz aus dem Verkehr gewichen ist, kann begreiflich Stücken dieser Sorte kein andrer, als der innere Metallwerth beigelegt werden, und es muß daher jetzt als aestimatio soviel gangbares Geld gezahlt werden, daß dasselbe als justum pretium des in den schuldigen Münzstücken enthaltenen Metallgehalts betrachtet werden kann. Vgl. bes. *Fels* cit. §. 15 sqq., u. s. auch Pfeiffer a. a. O. §. 9. a. E., *Mees* cit. p. 36.

IV. Wenn die Schuld auf eine gewisse Summe in einer gewissen Sorte kontrahirt, und zugleich angegeben wird, wie das Stück dieser Sorte berechnet werden soll, so kann auch dieses möglicher Weise nur den Sinn haben, daß damit nur Summe und Sorte bezeichnet werden soll (was namentlich meistens dann der Fall sein wird, wenn der angegebene Werth dem wirklichen äußeren Werthe völlig entsprechend ist), und dann sind natürlich die Regeln unter Nr. II. in Anwendung zu bringen. In der Regel aber ist dies sicher nur ein andrer Ausdruck für eine Schuld auf eine gewisse Stückzahl, *Mees* cit. p. 36, und es treten dabei also ganz die Grundsätze bei III. ein. Wenn ich mich also z. B. verpflichte, 100 Thaler in Louis d'or, das Stück zu 5 Thalern, oder 150 Thaler in Kronthalern, das Stück zu 1½ Thaler, zu zahlen, so ist dies gerade soviel, als hätte ich 20 Stück Louis d'or, oder 100 Stück Kronthaler versprochen.

V. Endlich kann es noch vorkommen, daß einzelne Münzstücke *in specie* Gegenstand der Obligation sind, wie namentlich im Falle eines depositum, commodatum, legatum, vgl. z. B. l. 28. de usufr. (7, 1), l. 4. commod. (13, 6), l. 34. §. 4. de legat. I, l. 94. §. 1. de solut. (46, 3), und hier versteht sich die einfache Regel von selbst, daß der Schuldner stets diese individuellen Münzstücke zu leisten hat, einerlei ob sich seit Entstehung der obligatio der äußere Werth derselben verändert hat, oder nicht, und ob sie inzwischen etwa kassirt sind, oder nicht. Hätte der Schuldner durch eine ihm anzurechnende culpa den innern Werth dieser bestimmten Münzstücke verringert, oder hätte er sich die ihm obliegende Leistung kulposer Weise unmöglich gemacht, oder wäre er

in einer mora solvendi: so ändert sich freilich durch alles dieses seine Verbindlichkeit, aber dabei tritt nichts Eigenthümliches ein, sondern es entscheiden blos die allgemeinen Grundsätze über Schadenersatz und Mora, vgl. *Fels* cit. §. 11 sqq.

C. Verbindlichkeit zum Schadenersatze. §. 571.

Cod. VII. 47. de sententiis, quae pro eo quod interest, proferuntur. — *Catiani*, de eo quod interest (1541) in Meerm. thes. VII. p. 775 sqq., *Donell.* ad leg. Just. de sententiis etc. (1561), in opp. tom. IX. p. 809 sqq., und in dessen comment. jur. civ. lib. XXVI. c. 13 sqq., *de Gast*, comm. in tit. C. de sententiis etc. (1578) in Meerm. thes. VI. p. 762 sqq., *Magni*, rat. et differ. jur. civ. (1602) lib. II. de eo quod interest, in Meerm. thes. III. p. 294 sqq., *Valii*, lib. singular. ad l. un. C. de sent. etc. (1609), in Otton. thes. I. p. 421 sqq., *Wehrn*, doctr. juris explicatrix principiorum et causarum damni, Lips. 1795, *Euler* (praes. *Malblanc*), observatt. quaedam de eo quod interest. Tub. 1801, Schöman, Lehre vom Schadenersatz, 2 Thle. Gieß. 1806 (s. auch dessen Handb. des Zivilr. I. Nr. 5), Hänel, Vers. einer kurzen und faßlichen Darst. der Lehre vom Schadenersatz. Leipz. 1823, J. N. v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatz nach röm. Rechte. Heidelb. 1841, Heimbach im Rechtslex. IX. S. 596 fgg., Mommsen, zur Lehre von dem Interesse. Braunschw. 1855 (Beitr. zum Obl. Recht. Abth. II), Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschrift II. S. 525 fgg., Nußbaumer, über das Maaß des Schadensers. Zürich 1855, Cohnfeld, die Lehre vom Interesse nach röm. R. Leipz. 1865. — Vgl. auch Koch I. S. 185 fgg., Unterholzner I. S. 253 fgg., Sintenis II. S. 67 fgg., *Molitor* I. p. 397 sqq., Unger, Fragmente aus einem Syst. des östr. Obl. R. Wien 1864. S. 3 fgg. (auch in Haimrl's Vierteljahrsschr. XIV. S. 110 fgg.), Windscheid, Lehrb. II. §. 257 fgg.

Anm. 1. In Betreff der Frage, ob auch dann Jemand einen durch seine Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, wenn er auf der andren Seite dem Beschädigten Vortheile verschafft habe, oder ob vielmehr in einem solchen Falle eine Kompensation des Schadens und des Vortheils Platz greife? muß zunächst der Fall ausgeschieden werden, wenn Gewinn und Schaden aus einer und derselben Handlung hervorgehen; denn hier versteht es sich wohl

ganz von selbst, daß von einem Schaden überhaupt nur dann die Rede ist, wenn derselbe durch den Gewinn nicht aufgewogen wird, vgl. auch arg. l. 30. pro soc. (17, 2): neque lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto, und eine Anwendung davon kommt unter Andren in der Entscheidung der l. 10. §. 1. de lege Rhod. de jactu (14, 2) vor, wornach der Schiffer, welcher Waaren kontraktswidrig auf ein andres Schiff verladen hat, dann, wenn beide Schiffe zu Grunde gehen, keinen Schadensersatz zu leisten hat, vgl. auch l. 36. §. 5. de her. pet. (5, 3). Für den andren Fall aber, wenn Gewinn und Schaden aus verschiedenen Handlungen hervorgehen, scheinen sich die Gesetze zu widersprechen. Während nämlich Ulpian in l. 23. §. 1. pro socio (17, 2):

„Idem [Pomponius] quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait, compensandum. Quod non est verum, nam et Marcellus libro VI. Dig. scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestiturum, nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno; et ita D. Marcum pronunciare, nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis“. (Ueber die oft, aber gewiß mit Unrecht angefochtene Lesart in den letzten Worten s. die Nachweisungen bei Glück XV. S. 439. Not. 68. und *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l.),

die Kompensation verwirft bei einem Schaden, welchen ein Gesellschafter durch seine Schuld herbeigeführt hat, und zwar mit ausdrücklicher Verwerfung einer abweichenden Ansicht des Pomponius, vgl. auch l. 25. 26. pro socio: findet sich eben von diesem Pomponius in l. 11. fin. de negot. gest. (3, 5):

„Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet“,

die Entscheidung, daß eine Kompensation Statt finde, wenn es sich um einen kasuellen Schaden handle, den ein negotiorum gestor durch ein gewagtes Geschäft angerichtet habe, während aus andren solchen Geschäften ein Vortheil erwachsen sei. Viele nehmen mit *Cujac.* ad lib. 2. Paul. quaest. l. 42. de act. emt. vend. (in opp. V. p. 918.) eine wirkliche Antinomie an, wobei die durch kaiserliches Reskript unterstützte und mit ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Lehre des Pomponius ausgesprochene Ansicht des Ulpian und Paulus unbedenklich als die eigentlich von Justinian rezipirte angenommen werden müsse; Andre wollen dagegen durch Distinktionen helfen, indem sie bald zwischen einem kulposen und einem kasuellen Schaden unterscheiden, vgl. z. B. *Cocceji*, jur. civ. controv. lib. XVII. tit. 2. qu. 5, Fritz, Erläutr. II. S. 73, bald den Fall, wenn Schaden und Gewinn aus einem und demselben Geschäfte hervorgehe (l. 11. cit.), von dem andren trennen, wenn mehrere verschiedene Handlungen vorgekommen sind (l. 23. §. 1. cit.), vgl. z. B. *Huber*, Eunomia Rom. p. 623, Mommsen S. 191 sqq. (s. aber l. 11. cit.: „*in quibusdam* lucrum, *in quibusdam* damnum“). Das Richtigste scheint zu sein, mit A. Faber die anscheinend widerstreitenden Stellen dadurch zu vereinigen, daß man unterscheidet,

ob die Handlung, aus welcher der in Frage ſtehende Vortheil hervorging, ganz freiwillig iſt, oder ob durch die Vornahme derſelben der Handelnde nur ſeine Pflicht erfüllt. Im letztren Falle, welcher offenbar bei socii eintritt — indem dieſe zur Beſorgung der Sozietäts-Angelegenheiten verpflichtet ſind — fällt die Kompenſation begreiflich hinweg; im erſtren aber, der bei einem negotiorum gestor, welcher gewagte Geſchäfte führt, Platz greift, findet eben ſo natürlich die Kompenſation Statt; vgl. auch Cohnfeld S. 168 fgg.

Anm. 2. Ob Jemand, welcher durch einen Wahnſinnigen beſchädigt worden iſt, aus dem Vermögen deſſelben Schadenserſatz fordern könne, iſt nicht unbeſtritten; denn wenn auch die Meiſten dies leugnen, ſo laſſen doch Viele eine *actio in factum* zu (vgl. *Diedemann*, observationum ad doctr. jur. civ. de damno et pauperie pertin. biga. Lips. 1804. cap. 1. und die dort in Not. 5. Zitt., u. ſ. auch die bei Glück I. S. 67. Not. 20. X. S. 295. Not. 74. Angeſſ.), und Andre wollen hier ſogar eine utilis actio *de pauperie* für anwendbar halten, vgl. namentlich Schöman, Handb. des Zivilr. I. S. 202 fgg. Läßt man ſich nicht durch vorgefaßte rechtsphiloſophiſche Anſichten beſtimmen (über die ſehr von einander abweichenden Meinungen in dieſer Hinſicht vgl. die Nachweiſungen bei Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Tüb. 1838. S. 238 fgg. beſ. S. 243 fgg.), und ſtrebt man nicht, die Grundſätze des ältern germaniſchen Rechts (ſ. darüber Tonſen, das allgem. poſit. Privatr. S. 230 fgg. und Hepp a. a. O. S. 118 fgg.) auch im römiſchen wieder zu finden, ſondern hält man ſich rein an die Beſtimmungen dieſes letztren, ſo muß man unbedenklich dem durch einen Wahnſinnigen Beſchädigten jeden Anſpruch auf Entſchädigung aus dem Vermögen dieſes Wahnſinnigen abſprechen, obwohl natürlich gegen nachläſſige Wächter deſſelben eine Regreßklage zuläſſig iſt, l. 14. de offic. praesid. (1, 18). Am ſchärfſten iſt dieſer Geſichtspunkt ausgeſprochen in l. 61. fin. de adm. et per. tut. (26, 7), wo dann, wenn eine hereditatis petitio gegen einen wahnſinnigen Erbſchaftsbeſitzer angeſtellt wird, und dieſer Erbſchaftsſachen beſchädigt oder vernichtet hat, dem Kläger aller Anſpruch auf Entſchädigung abgeſprochen wird; ‚impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, *quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset*‘. Die Meinung von *Diedemann* cit. p. 8. not. 20, daß hier nicht von einer Handlung des Wahnſinnigen ſelbſt, ſondern von einer fulvoſen Handlung des inſolventen Kurators des Wahnſinnigen die Rede ſei, bedarf kaum einer beſondren Widerlegung, indem ſchon die Worte (‚quod per furorem alicujus accidit‘), insbeſondre aber der von Pomponius angegebene Entſcheidungsgrund beſtimmt auf eine eigene Handlung des Wahnſinnigen hinweiſen. Während der Juriſt in den unmittelbar vorhergehenden Worten allerdings den Fall entſcheidet, wenn durch eine Handlung des Kurators etwas aus der Erbſchaft abhanden kommt, ſoll offenbar in den ausgezogenen Worten auf die weiter oben aufgeworfene Frage geantwortet werden: ‚De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid ne in rerum natura esset, per furorem ejus accidisset: tu quid putas?‘ und es iſt dies um ſo unzweifelhafter, da ſonſt auf dieſe Frage keine Antwort in der Stelle vorkäme. — Mit der l. 61. cit. iſt zu verbinden l. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), wo die a. legis Aquil. gegen einen

Wahnsinnigen abgesprochen wird, nicht anders, „quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, *aut si tegula ceciderit*“, und außerdem ist noch zu vergleichen l. 60. de R. V. (6, 1): „Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est“. Was man gegen diese so bestimmten gesetzlichen Aussprüche anführt, ist kaum einer Widerlegung werth. Wenn man nämlich l. 151. de R. J.: „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet“ so verstehen will, daß Jeder zum Schadenersatz verpflichtet sei, welcher eine schadende Handlung vornehme, zu der er kein Recht habe, und dann daraus folgert, daß auch der Wahnsinnige Ersatz leisten müsse, weil er ja doch offenbar nicht zur Vornahme der schadenden Handlung berechtigt sei: so ist dies augenscheinlich gegen den Sinn jener Stelle, indem dort nur gesagt ist, daß derjenige keinen Schaden im juristischen Sinn anstifte, welcher ein Recht zu der fraglichen Handlung habe. Etwas scheinbarer ist die l. 46. de O. et A.:

> „Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit; nam judicio communi dividendo obligabuntur“.

Dürfte man freilich mit den Gegnern annehmen, daß die Worte vel damnum in eo dederit auch auf den furiosus gehen, so müßte man eine Verbindlichkeit desselben aus seinen schädlichen Handlungen wohl anerkennen; aber jene Voraussetzung ist sicher irrig, denn während der Jurist bei dem einen Beispiel: si aliquid in fundum communem impendero, beide, den furiosus und den pupillus, nennt, führt er bei dem andren: si damnum in eo dederit, ausdrücklich nur den pupillus an, so daß vielmehr aus dieser Ausdrucksweise offenbar ein Argument für unsre Meinung entlehnt werden muß. Ganz scharf und tadellos ist freilich die Sprache dieses Fragments nicht, theils, weil die Eingangsworte streng genommen zu dem Satze führen könnten, daß ein Wahnsinniger und ein Unmündiger immer obligirt würden, si actio ex re venit, während Paulus gewiß nur sagen will, daß in solchen Fällen eine obligatio möglich ist, theils weil in dem Beispiel: si damnum in eo pupillus dederit, das Wort *pupillus* zu allgemein ist, indem darunter offenbar nur der pupillus culpae capax verstanden werden darf. — Wenn sich außerdem Diedemann cit. noch auf l. 33. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2): „In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio“ beruft, vgl. auch l. 11. de praescript. verb., und daraus die Zulässigkeit einer actio in factum auch für solche Schäden ableiten will, die ein Wahnsinniger anstiftet, so ist dies darum unhaltbar, weil der Jurist hier offenbar nicht bei allen Beschädigungen ohne Ausnahme die actio in factum zulassen will — denn wozu dienten sonst die vielen feinen Untersuchungen der römischen Juristen im Titel ad legem Aquiliam über die Frage, ob eine solche Klage in einem konkreten Falle statthaft sei —, sondern nur bei solchen, die zwar nicht unter die Worte der lex Aquilia passen, die aber doch nach den Grundsätzen der Analogie darunter zu subsumiren sind, und dadurch sind denn namentlich alle diejenigen Beschädigungen ausgeschlossen, die von einem Zurechnungslosen ausgehen. Endlich ist auch die Berufung auf l. 25. §. 2. ad

SC. Trebell. (36, 1) ganz unstatthaft, denn hier ist von einer freien, obwohl freilich schuldlosen Handlung die Rede, durch welche Jemand einer speziellen ihm obliegenden Verbindlichkeit zuwider handelt, und wenn hier eine Entschädigungs-Verbindlichkeit ausnahmsweise anerkannt wird, „ne factum cujusquam alteri damnum afferat", so darf daraus, ungeachtet dieser offenbar zu weiten ratio, unmöglich ein Schluß gemacht werden auf die völlig unfreien Handlungen eines Wahnsinnigen. Vgl. auch Weber, natürl. Verb. §. 71. (2. Ausg. S. 294 fgg.), Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 8. (1. Ausg. S. 210) und in Brauns Erörtr. S. 273 fgg., Glück l. S. 67 fgg., v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 101 fgg., Hänel a. a. O. §. 10, Fritz, Erläutr. II. S. 73 fgg., Hepp a. a. O. S. 18 fgg. — Die Gründe Schöman's a. a. O. für die Anwendbarkeit einer utilis actio de pauperie gegen einen Wahnsinnigen sind vollständig folgende: In l. 1. §. 3. si quadrupes pauperiem fec. dic. (9, 1) werde pauperies definirt als ein „damnum sine injuria facientis datum", was offenbar auch die schadende Handlung eines Wahnsinnigen umfasse; in l. 4. eod. heiße es: „haec actio utilis competit, si non quadrupes sed *aliud animal* damnum dedit", und dies passe doch gewiß auch auf den furiosus, der, so lange er wahnsinnig sei, nichts anderes sei, als ein animal quod sensu caret, wie er denn auch in l. 5. §. 2. ad leg. Aquil. mit einem quadrupes (— aber auch mit einer tegula! —) verglichen werde; endlich könne ja doch ein furiosus auch wegen einer pauperies seines Pferdes ꝛc. mit der actio de pauperie belangt werden, warum sollte er nicht für sich selbst haften? Wer noch nach einer besonderen Widerlegung dieser fast lächerlichen Argumente verlangt, der vgl. Glück X. S. 294 fgg. und v. Wening, Schadenersatz S. 51 fgg.; ihr Urheber scheint später selbst die Unhaltbarkeit derselben eingesehen zu haben, s. Schöman's Fragmente S. 124.

Anm. 3. Bei der Frage, was zu ersetzen sei? hängt natürlich die Beantwortung zum größten Theile von Unterscheidung der Gründe ab, auf welchen die Verbindlichkeit zum Ersatze beruht. Ist dieselbe vertragsmäßig übernommen worden, so muß der Inhalt des einzelnen Vertrags über den Umfang der Verbindlichkeit entscheiden, und demnach wird gewiß in den meisten Fällen nach der Absicht der Paziszenten der Ersatz auf die vera rei aestimatio beschränkt werden müssen, so daß das lucrum cessans und der sonstige mittelbare Schaden dabei außer Betracht bleiben. Man denke nur z. B. in dieser Beziehung an die mancherlei Assekuranz-Gesellschaften unsrer Tage. — Ist die Verbindlichkeit zum Ersatze kasuellen Schadens nicht durch Vertrag, sondern durch unmittelbare gesetzliche Bestimmung begründet, so kann auch wieder nur der Inhalt des speziellen Gesetzes entscheiden, obwohl sich doch auch für diesen Fall die, freilich nur im Allgemeinen wahre Regel aufstellen läßt, daß blos die vera rei aestimatio zu ersetzen ist, vgl. z. B. l. 2. §. 4. de lege Rhodia (14, 2), l. 45. de contr. emt. (18, 1), l. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), l. 112. §. 1. de legat. I., l. 25. §. 2. fin. ad SC. Trebell. (36, 1), s. auch Mommsen S. 59 fgg., Windscheid S. 530 fgg., Cohnfeld S. 224 fgg. — Wenn aber die Verbindlichkeit zum Schadenersatze durch widerrechtliche Handlungen herbeigeführt ist, so gilt die durch die Natur der Sache und durch die klarsten

Gesetze begründete Regel, daß aller und jeder Schaden, aber auch nur derjenige Schaden ersetzt werden muß, welcher erweislich die wirkliche Folge der schuldvollen Handlung ist, vorausgesetzt nur, daß derselbe nicht durch das Zusammentreffen außerordentlicher, gar nicht vorauszusehender Umstände herbeigeführt ist; und zwar ist es hierbei gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit zum Schadenersatz aus einem eigentlichen Delikte, oder aus schuldvoller Verletzung einer Obligation hervorgegangen ist, und wenn Viele im letztren Falle zwischen dolus und bloser culpa unterscheiden wollen, so daß im Falle des dolus aller, im Falle der culpa aber nur der positive Schaden ersetzt werden müsse (vgl. z. B. Glück IV. S. 447. und die da Zitt., Göschen, Vorl. §. 396, Koch I. S. 307 fgg.), so ist dieser angebliche Unterschied so haltlos, und wird durch die in der folgenden Ausführung angegebenen Quellenzeugnisse so entschieden widerlegt, daß eine besondre Würdigung dieser Ansicht unnöthig erscheint. Zu näherer Begründung und theilweiser Beschränkung unsrer obigen Regel sind noch folgende Sätze in's Auge zu fassen:

1) Nur derjenige Schaden ist zu ersetzen, welcher auch wirklich die Folge der rechtswidrigen Handlung ist, und wenn also der Schaden in dem konkreten Falle aus einem andren Grunde hervorgegangen ist, so fällt die Ersatzpflicht hinweg, und zwar selbst dann, wenn auch ohne das Eintreten jenes andern Grundes die rechtswidrige Handlung ganz gewiß den Schaden hervorgebracht hätte. Wenn ich einen Sklaven tödtlich verwunde, demselben aber, ehe er an dieser Wunde stirbt, von einem Andern der Kopf abgeschnitten wird, so bin ich nicht für den durch den Tod herbeigeführten Schaden verantwortlich, ‚quia ex alio vulnere periit', l. 11. §. 3, l. 15. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), vgl. auch §. 681. Anm. 2; und wenn z. B. ein Ehemann das Dotalhaus schuldvoller Weise nicht repariren läßt, so daß es ganz gewiß in Folge dieser Versäumniß zusammenstürzen muß, dasselbe wird aber, ehe dieses geschieht, durch einen Blitzstrahl niedergebrannt, so braucht der Mann keinen Schadensersatz zu leisten, l. 4. de impens. (25, 1). Der obige Satz, daß man nicht für einen Schaden haftet, der nicht aus unsrer rechtswidrigen Handlung, sondern aus einem andern Grunde hervorgegangen, ist auch selbst dann wahr, wenn jener andre Grund ohne unsre rechtswidrige Handlung gar nicht eingetreten sein würde, und so brauche ich, wenn ich einen fremden Sklaven leicht verwunde, derselbe aber durch Pfuscherei des zugezogenen Arztes stirbt, für diesen Schaden nicht einzustehen, einfach darum, weil der Sklave in Wahrheit nicht an der von mir geschlagenen Wunde gestorben ist, l. 52. pr. ad leg. Aquil. (Die Erklärungen dieser Stelle bei Mommsen S. 160 fgg., Windscheid S. 544 fg. und Demelius in Jhering's Jahrb. V. S. 69 fgg., sind sicher ungenügend, s. auch Unger, Fragm. S. 8. Anm. 8, Cohnfeld S. 143 fgg.). Wenn dagegen häufig die Regel aufgestellt wird, daß derjenige, welcher wegen einer Rechtswidrigkeit Schadensersatz leisten müsse, allen Schaden zu ersetzen habe, welcher erweislich ohne jene Rechtswidrigkeit nicht eingetreten wäre: so läßt sich ein so rigoröser Satz gewiß nicht rechtfertigen. Darnach müßte z. B. derjenige, welcher ein Haus beschädigt hat, auch für den Schaden einstehen, welchen die zur Reparatur zugezogenen Arbeiter durch Diebstahl in dem Hause angerichtet haben, oder derjenige, welcher einen Sklaven leicht

verwundet hat, müßte dann, wenn der zur Heilung zugezogene Arzt eine ansteckende Krankheit einschleppt und in Folge davon die ganze Sklaven-Familie stirbt, auch für diesen Schaden Ersatz leisten, u. dgl. m. Es kann allerdings vorkommen, daß einmal die Gesetze Jemanden wegen einer Rechtswidrigkeit auch zur Haftung für Zufall verbindlich machen, und so muß z. B. der Miether oder Kommodatar, welcher die Sache kontraktswidrig auf eine Reise mitnimmt, auch für den Schaden haften, welcher durch Schiffbruch oder durch Räuber entsteht, l. 5. §. 7, l. 18. commod. (13, 6), l. 13. §. 3. locati (19, 2), l. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7); aber ein solches Einstehen für casus ist doch gewiß nicht die allgemeine Folge einer jeden Rechtswidrigkeit.

2) Wenn aber der Schaden wirklich aus der rechtswidrigen Handlung hervorgegangen ist, so ist eine Ersatzpflicht selbst dann begründet, wenn derselbe auch ohne diese Rechtswidrigkeit den Beschädigten getroffen haben würde. Freilich spricht sich die herrschende Meinung dagegen aus, vgl. z. B. auch noch Mommsen S. 146 fgg., Windscheid S. 542 fgg., Cohnfeld S. 138 fgg., und man beruft sich dafür auf eine ganze Reihe gesetzlicher Entscheidungen. So soll keine Ersatzpflicht eintreten, wenn zwar eine arglistige alienatio judicii mutandi causa vorgekommen, aber die veräußerte Sache nachher durch Zufall untergegangen ist, l. 4. §. 5. de alien. jud. mut. (4, 7), wenn der Erbschaftsbesitzer eine Sache widerrechtlich veräußert hat, dieselbe aber später zufällig zu Grunde gegangen ist, l. 36. §. 3. de her. pet. (5, 3), wenn der mit einer Vindikation Belangte die Sache dolo malo verschlechtert hat, dieselbe aber noch vor dem Urtheil aus Zufall ganz untergeht, l. 27. §. 2. de R. V. (6, 1), wenn Jemand eine fremde Sache verkauft hat, dieselbe aber, ehe sie evinzirt wird, zufällig zu Grunde geht, oder von dem Käufer derelinquirt wird, l. 21. pr., l. 25, l. 64. §. 2, l. ull. de evict. (21, 2), und endlich, wenn ein Schuldner die geschuldete Sache widerrechtlich an einen Andren veräußert, dieselbe aber, ehe er in mora versetzt ist, kasuell untergeht, l. 21. de her. vend. (18, 4), l. 45. de O. et A. (44, 7). Alle diese Entscheidungen gehören aber bei genauerer Betrachtung gar nicht hierher; denn in allen diesen Fällen ist eine Ersatzpflicht blos darum nicht begründet, weil der Schaden in Wahrheit gar nicht aus der rechtswidrigen Handlung hervorgegangen ist, sondern nur daraus hervorgegangen sein würde, wenn nicht ein andrer Grund denselben herbeigeführt hätte, vgl. oben Nr. 1. Wenn man sich außerdem auch noch auf l. 10. §. 1. de lege Rhod. (14, 2) beruft, so ist schon oben (Anm. 1) angedeutet, daß diese Entscheidung sich sehr einfach aus den Grundsätzen über compensatio damni et lucri erklärt. Die richtige Ansicht geht dagegen nicht nur aus der Natur der Sache hervor — denn es läßt sich schwer einsehen, warum ein einmal wohlbegründetes Recht auf Schadensersatz durch einen reinen Zufall beseitigt werden sollte —, sondern es sprechen dafür auch mehrfache gesetzliche Entscheidungen. Wenn Jemand ein Haus zerstört und in der nächsten Nacht stürzt durch ein Erdbeben der ganze Stadttheil zusammen, so bleibt die Ersatzpflicht nichts desto weniger begründet, vgl. l. 7. §. 4. quod vi (43, 24). Wenn ich einen fremden Sklaven verstümmele, und dieser stirbt bald nachher durch einen Zufall, so ist dennoch die actio legis Aquil. gegen mich zulässig, l. 27. §. 2. fin. de R. V. (6, 1).

Wenn ich einen Sklaven tödte, welcher schon tödtlich verwundet ist, und demnächst gewiß an dieser Wunde gestorben sein würde, so bin ich dennoch wegen der Tödtung zum Schadensersatz verpflichtet, l. 11. §. 3. ad leg. Aquil. Vgl. auch noch l. 5. §. 4, l. 6. de servo corr. (11, 3), l. 50 pr. de furt. (47, 2).

3) Nicht blos der positive Schaden, der aus der schuldvollen Handlung erwachsen ist, sondern auch der entgangene Gewinn wird ersetzt, vgl. l. 33. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 2. §. 8. de eo, quod certo loco (13, 4), l. 33. locati (19, 2), l. 11. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 3. §. 11. ne quid in loco publico (43, 8), l. 1. §. 41. de vi et vi armata (43, 16), l. 13. ratam rem haberi (46, 8), l. 7. C. arbitr. tut. (5, 51), l. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest, prof. (7, 47), Dep. Absch. zu Speyer v. 1600. §. 139. Wenn dagegen Ulpian in l. 26. de damno infecto (39, 2) nur den positiven Schaden als wahren Schaden zu betrachten, und den entbehrten Gewinn davon auszuscheiden scheint, und in Betreff des letztren namentlich auch der cautio de damno infecto Wirksamkeit abspricht, „scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur; multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur“, und wenn ähnlich Javolen in l. 71. de furtis (47, 2) demjenigen, welchem nur ein Gewinn entgangen ist, die actio furti abspricht, weil diese nur demjenigen, cujus interest rem non surripi, zustehe, „interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, *non ejus, qui lucrum facturus esset*“: so ist zwar der Wortausdruck in diesen Stellen scheinbar gegen unsre Regel, aber man braucht dieselben nur einiger Maßen aufmerksam in ihrem vollen Zusammenhange aufzufassen, um sich zu überzeugen, daß dieselben im Grunde unsre Frage gar nicht berühren, vgl. auch *Donell.* cit. cap. 10. (opp. IX. p. 845 sqq.), v. Wening, Schadensersatz S. 287 fgg., Mommsen S. 135 fgg., Nußbaumer S. 13 fgg., Cohnfeld S. 93 fgg. — Die Beschränkung ergibt sich aber aus der Natur der Sache, daß nur derjenige entgangene Gewinn ersetzt zu werden braucht, welcher mit Sicherheit nachgewiesen werden kann, und so spricht z. B. Ulpian in l. 29. §. 3. ad leg. Aquil. (9, 2) demjenigen, dessen ausgespannte Fischnetze zerrissen worden sind, nur eine Entschädigungsklage wegen der zerstörten Netze, nicht auch wegen der entgangenen Fische zu, „quum incertum fuerit, an caperentur“, (über das Verhältniß dieser Stelle zu der scheinbar widerstreitenden l. 12. de A. E. V. (19, 1) vgl. Mommsen S. 190. Not. 29. S. 257, Unger, Fragm. S. 7 fg. Not. 7, Cohnfeld S. 112 fgg.), vgl. auch l. un. C. de sent. (7, 47), l. 2. C. de in lit. jur. (5, 53). Auf der andern Seite kann aber freilich auch keine absolute Gewißheit verlangt werden, sondern es muß genügen, daß der Gewinn in hohem Grade wahrscheinlich, und die Aussicht dazu so begründet war, daß außerordentliche Ereignisse sich hätten ereignen müssen, um sie zu vereiteln, und dahin allein führen auch die gesetzlichen Beispiele von solchem lucrum interceptum, vgl. §. 10. J. de lege Aquilia (4, 3), l. 3. si quadrup. pauper. fec. dic. (9, 1), l. 23. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. ult. de his qui dejec. (9, 3), l. 11. ad exhib. (10, 4), l. 4. de cond. furt. (13, 1), l. 19. de usur. (22, 1), l. 35. pr. de legat. III, Gesterding, Nachforsch. I. Nr. 1, Mommsen

S. 173 fgg., Cohnfeld S. 98 fgg., vgl. auch Busch, Stimmen der Praxis S. 193 fgg.

4) Eben so ist auch nicht blos der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Schaden, also das gesammte Interesse, zu ersetzen, vgl. l. 21. 23. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 10. J. eod. (4, 3), l. 1. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 8. de evict. (21, 2), und als Beispiele davon kommen unter andern vor, wenn Jemand ein Pferd aus einem Viergespanne tödtet, und dadurch auch den Werth der übriggebliebenen Thiere vermindert, l. 22. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), wenn dadurch, daß eine schuldige Leistung unterlassen wird, für den Gläubiger noch der Nachtheil entsteht, daß er nun einer ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht genügen kann, und darum eine Konventionalbuße bezahlen, oder hingegebene Pfänder verkaufen lassen muß, l. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13, 4), vgl. l. 22. pr. ad leg. Aquil., wenn die schlechte Beschaffenheit einer schuldigen Leistung noch anderweite Schäden hervorgerufen hat, z. B. durch die Lieferung eines morschen Balken ist ein Haus eingestürzt, durch ein erkauftes krankes Thier ist eine ganze Heerde angesteckt u. dgl., l. 13. §. 1. de act. emti vend. (19, 1).

5) Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz fällt aber dann hinweg, wenn der Beschädigte den Schaden hätte abwenden können, ihn aber kulposer Weise nicht abgewendet hat, l. 203. de R. J.:

„Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“,

und zwar ist dies nicht blos in obligatorischen Verhältnissen der Fall, sondern auch die actio legis Aquiliae wird durch die eigene Kulpa des Beschädigten ausgeschlossen, vgl. l. 11. pr., l. 28. §. 1, l. 30. §. 4, l. 52. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 22. §. 4. de pign. act. (13, 7), l. 11. §. 12, l. 45. §. 1. de A. E. V. (19, 1), l. 23. §. 8. de aed. ed. (21, 1), l. 29. §. 1, l. 56. §. 3, l. 66. pr. de evict. (21, 2), l. 61. §. 5. 7. de furt. (47, 2); Mommsen S. 157 fgg., Demelius in Jhering's Jahrbb. V. S. 58 fgg. Doch leidet dies dann eine Ausnahme, wenn der Schaden durch Dolus des Beschädigers herbeigeführt ist, was zwar Cohnfeld S. 149 fgg. in Abrede stellt, aber m. E. mit Unrecht, s. l. 9. §. 4, l. 28. §. 1, l. 31. fin. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 45. §. 1. de A. E. V. (19, 1), Mommsen S. 257 fgg., Demelius a. a. O. S. 71 fgg. —

Mit diesen Grundsätzen scheinen aber zwei Stellen in entschiedenem Widerspruche zu stehen, nämlich l. 19. de peric. et comm. rei vend. (18, 6):

Hermogenian. „Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit“,

und l. 21. §. 3. de act. emti et vend. (19, 1):

Paulus. „Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame

laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit".

Am leichtesten würde man über diese Schwierigkeit hinwegkommen, wenn man mit *Alciat.* dieselben von einer Eigenheit des Kaufkontrakts verstehen dürfte, eine Ansicht, die auch in unsern Tagen Vertheidiger gefunden hat an Hänel §. 83. und Wolff, Mora S. 449 fgg. Diese Meinung ist aber schon früher gründlich von *Donell.* cit. cap. 11. (opp. IX. p. 859 sqq.) widerlegt worden, und in der That läßt sich nicht nur schlechthin kein innerer Grund auffinden, weßhalb gerade bei dem Kaufvertrage eine solche Singularität Statt finden sollte, sondern es wird gerade hierbei mehrfach in den Gesetzen darauf aufmerksam gemacht, daß im Falle verspäteter Leistung das gesammte Interesse vergütet werden müsse, l. 1. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 4, l. 10, l. 12. C. eod. (4, 49). Wenn aber Wolff a. a. O. einen neuen Beweis für das Gegentheil in Vat. fragm. §. 2. aufgefunden zu haben glaubt, so ist zwar dort allerdings gesagt, daß ohne alle Rücksicht auf Mora der Verkäufer die bis zur Tradition gezogenen Früchte herausgeben, der Käufer aber nach Empfang der Waare das Kaufgeld verzinsen müsse: wie aber Wolff daraus folgern mag, daß durch eine hinzutretende Mora sich diese Verbindlichkeiten nicht steigern dürften, ist schwer einzusehen. — Eben so wenig kann ich die andre Ansicht billigen, welche besonders von *Noodt*, de foenore et usur. lib. II. c. 6. aufgestellt, und in unsern Tagen von Gesterding, Nachforsch. I. S. 20 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 367, Fritz, Erläutr. zu Wening S. 79 fgg., v. Madai, Mora S. 383 fgg. vertheidigt worden ist, wonach nämlich in l. 19. cit. eine Eigenheit für Geldschulden enthalten sein soll; denn da gerade bei diesen übertriebene Schadensrechnungen am häufigsten, und die Würdigung solcher Rechnungen hier mit besondern Schwierigkeiten verbunden zu sein pflege, so sei dabei als Regel angenommen, daß der Gläubiger nur eine Vergütung der gesetzmäßigen Zinsen verlangen könne. Offenbar enthält aber doch die l. 19. cit. ganz und gar nichts Andres, als was auch in der l. 21. §. 3 cit. für eine Nicht-Geldschuld ausgesprochen ist, denn wie es dort heißt, daß der Verkäufer den möglichen Gewinn, den er mit dem Gelde habe machen können, nicht in Rechnung bringen dürfe, ganz ebenso heißt es hier, daß der Käufer von dem möglichen Gewinn, den er mit der Waare habe machen können, absehen müsse; und schon dies muß uns gegen die angebliche Singularität bei Geldschulden mißtrauisch machen. Ueberdies wäre es auch nicht wohl begreiflich, daß eine so wichtige und weitgreifende Ausnahme nicht öfter in den Quellen erwähnt sein sollte, als in einer einzigen hingeworfenen Stelle, wo weder auf eine Singularität hingedeutet, noch auch irgend auf den Umstand Gewicht gelegt wird, daß gerade von einer Geldschuld die Rede sei. Und endlich möchte auch wirklich ein genügender Grund für eine solche Singularität bei Geldschulden schwerlich vorhanden sein. S. g. Honigtopfrechnungen, zu denen allerdings der Gläubiger gerade hier ganz besonders geneigt sein möchte, dürfen freilich schlechthin nicht geduldet werden, und es wird also

derſelbe mit Verzugszinſen zufrieden ſein müſſen, wenn er nicht einen größern Nachtheil mit ausreichenden Gründen zu beweiſen im Stande iſt. Warum aber der Geldgläubiger mit dieſem Beweiſe ausgeſchloſſen, warum er alſo ſchlechter geſtellt ſein ſoll, als ein andrer Beſchädigter, iſt doch wahrlich ſchwer einzuſehen, und in der That geht ja auch aus l. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13, 4), in welcher Stelle gerade auch von einer Geldſchuld die Rede iſt, mit Sicherheit hervor, daß er allerdings zu einem ſolchen Beweiſe zugelaſſen wird, und alſo die Wahl hat, ob er, ohne beſondern Beweis, Verzugszinſen fordern, oder mit ſolchem Beweiſe eine höhere Intereſſe-Forderung geltend machen will. Wenn es alſo in dem Speierſchen Dep. Abſch. v. 1600. §. 139. (in der Sammlung der Reichsabſchiede Mainz 1660 iſt es §. 152) heißt: „So ordnen und wollen wir nachmals, daß ſolch interesse a tempore moræ erſtattet, und derentwegen den Creditorn fünff Gülden von 100 bezahlt werden, oder aber dem Creditori ſolche fünff Gülden nit annehmlich, ſondern er vermeynen wollte tam ex lucro cessante quam ex damno emergente ein mehrs zu fordern, daß ihme alsdann ſein gantz Interesse zu deducirn, gebürlich zu liquidirn und zu beſcheinen, und der Richterlichen Erkanntnus darüber zu gewarten unbenommen ſein ſoll", ſo iſt dadurch in dieſer Beziehung nach meiner Ueberzeugung nichts Neues verordnet, ſondern nur das richtig verſtandene römiſche Recht wiederholt worden. — Aus einer Singularität des Kaufgeſchäfts oder der Geldſchuld dürften hiernach die in Frage ſtehenden Geſetze nicht zu erklären ſein; ſondern dieſelben enthalten Grundſätze, die bei allen Entſchädigungs-Anſprüchen gleichmäßig zur Anwendung zu bringen ſind, und die auch, wenn man ſie nur richtig auffaßt, mit den oben angedeuteten Prinzipien im vollſten Einklange ſtehen. In l. 19. cit. ſoll nämlich dem Verkäufer ſicherlich nicht aller Anſpruch auf lucrum cessans abgeſprochen, ſondern es ſoll da nur eingeſchärft werden, daß nicht der blos mögliche, wenn auch vielleicht *in abstracto* ſehr wahrſcheinliche, Gewinn berechnet werden dürfe. Das dort angeführte Beiſpiel iſt nämlich ſo aufzufaſſen: ein Kaufmann will ſeinem moroſen Schuldner gegenüber nicht mit den gewöhnlichen Verzugszinſen vorlieb nehmen, ſondern er verlangt mehr, indem er nachweiſ't, daß die in ſein Geſchäft verwendeten Gelder einen größeren Nettogewinn abzuwerfen pflegen. Dieſe Berechnung des Schadens verwirft aber der Juriſt, und beſchränkt den Kläger auf die gewöhnlichen Verzugszinſen. Anders aber würde er entſchieden haben, wenn der Kaufmann hätte nachweiſen wollen und können, daß er gerade mit dieſem Gelde in concreto einen größeren Gewinn ſicherlich gemacht haben würde, wenn es ihm zu rechter Zeit bezahlt worden wäre; eine Nachweiſung, die namentlich dann leicht möglich ſein wird, wenn gerade mit Rückſicht auf kaufmänniſche Spekulationen der Schuldner ſich verpflichtet hat, die ſchuldigen Summen an einem beſtimmten Orte abzutragen, und durch ſeine Mora jene beabſichtigten Geſchäfte unterbleiben müſſen; und von einem ſolchen Falle redet l. 2. §. 8. de eo quod certo loco, die alſo in keinerlei Widerſpruch mit der Entſcheidung unſerer l. 19. cit. ſteht. Ganz daſſelbe, was die l. 19. cit. ſagt, wird in der l. 21. §. 3. cit. wiederholt, und außerdem wird dort noch in dem Beiſpiel von den verhungerten Sklaven auf den anderweiten eben ſo verſtändigen Satz aufmerkſam gemacht, daß nämlich

nur derjenige mittelbare Schaden ersetzt wird, welchen der Beschädiger entweder voraussah, oder doch bei gehöriger Anspannung hätte voraussehen können. Es ist freilich wahr, daß dann, wenn das Getreide zu rechter Zeit geliefert wäre, die Sklaven nicht verhungert sein würden; aber dieser Hungertod kann doch gewiß nicht als eine voraussichtliche Folge der verspäteten Lieferung angesehen werden; derselbe setzt so eigenthümliche Umstände voraus — Mangel aller andren Lebensmittel, Unmöglichkeit anderweiter Beschaffung derselben —, daß dieser Schaden jedenfalls als ein zufälliger angesehen werden muß, und eben deshalb der Verkäufer dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann. Ganz anders würde sich freilich das Verhältniß gestalten, wenn gerade mit ausgesprochener Rücksicht auf die Lebenserhaltung der Sklaven der Lieferungs-Vertrag abgeschlossen, und nun der Verkäufer schuldvoll in Rückstand geblieben wäre, und daraus erklärt es sich, daß in l. 2. §. 8. de eo quod c. l. der moroſe Schuldner z. B. auch zum Ersatz der Konventionalstrafe verpflichtet wird, die der Gläubiger, weil ihm nicht zu rechter Zeit Zahlung geleistet war, hat prästiren müssen, denn in dem Falle dieses Gesetzes war der bestimmte Zahlungsort gerade mit Rücksicht auf diese Konventionalstrafe anberaumt.

Hiernach ist denn also in den beiden in Frage stehenden Gesetzen nichts enthalten, was mit den übrigen Stellen, und namentlich mit der l. 2. §. 8. de eo qu. c. l. in irgend wahrem Widerspruch stände, sondern es wird da nur in passenden Beispielen anschaulich gemacht, daß nur gewisser Schaden und nur solcher, der sich auch als wahrhafte und möglicher Weise vorauszusehende Folge der schuldvollen Handlung herausstellt, in Rechnung gebracht werden dürfe. Dieser Meinung sind denn auch im Ganzen von jeher die meisten Zivilisten gewesen, und vorzugsweise gut ist dieselbe von *Donell.* cit. c. 11. (opp. IX. p. 851 sqq.) ausgeführt worden, vgl. auch z. B. *Magnus* cit. c. 8. p. 306, *de Gast* cit. p. 764 sqq., Glück IV. S. 444, Seuffert, Erörtr. einzelner Lehren des röm. Privatr. Abth. 1. S. 153 fgg., Braun, Erörtr. S. 271 fgg, Unterholzner I. S. 263, Sintenis S. 71 fgg. Anm. 21, Mommsen S. 285 fgg., Nußbaumer S. 24 fgg., Busch, Stimmen der Praxis S. 188 fgg. — Bei dieser ganzen Erörterung habe ich absichtlich eine Terminologie unerwähnt gelassen, die gewöhnlich in der Lehre von dem Umfange des zu ersetzenden Schadens an die Spitze gestellt wird. Da nämlich Paulus in l. 21. §. 3. cit. von einer utilitas, quae circa ipsam rem consistit spricht, so hat man daraus eine Eintheilung des damnum in d. *circa rem* und d. *extra rem* gebildet, und diesen Begriffen die praktische Bedeutung zu geben gesucht, daß zwar wohl das erstre, aber nicht das letztre ersetzt werden müsse. Statt aber dadurch Klarheit und Einfachheit in die Lehre zu bringen, haben die unsäglichen Streitigkeiten über diese Eintheilung (vgl. darüber z. B. die Nachweisungen bei Glück IV. S. 440 fgg., Fritz, Erl. II. S. 84 fgg., Mommsen S. 266 fgg., Cohnfeld S. 100 fgg.) nur zu größerer Verdunkelung und Verwirrung beigetragen, was auch wohl nicht anders sein konnte, da Paulus augenscheinlich bei jenem hingeworfenen Ausdrucke auch nicht entfernt eine solche Eintheilung im Sinne hat, und man thut daher besser, ganz ohne Rücksicht darauf die einfachen Ergebnisse der Quellen zusammen zu stellen. —

Schließlich ist hier noch die Bemerkung zuzufügen, daß bei Ausmittelung des Umfangs des zu ersetzenden Schadens das Affektions-Interesse des Beschädigten niemals in Betracht gezogen wird, einerlei, ob der Schaden durch dolus oder durch culpa herbeigeführt ist, und ob es sich dabei um ein judicium bonae fidei oder stricti juris handelt. Wenn doch Viele (z. B. auch noch Savigny, Syst. V. S. 466. und *Molitor* I. p. 455 sqq.), das Gegentheil behaupten, besonders wegen l. 54. pr. mandati (17, 1) verb.: „placuit prudentibus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam", so ist dieses Argument ganz unerheblich, denn jene Worte sagen, wenn man die Stelle im Zusammenhang lies't, auch nicht entfernt, daß der Beschädiger die zerstörte Sache nach ihrem Affektionswerthe ersetzen müsse, sondern nur, daß auch Affektions-Interesse hinreiche, um einem Rechtsgeschäfte, welches ohne alles Interesse hinfällig sein würde, rechtliche Wirksamkeit zuzusichern, vgl. auch l. 35. de minorib. (4, 4), l. 6. pr., l. 7. de serv. export. (18, 7), l. 71. de evict. (21, 2), l. 36. de bonis libertor. (38, 2), l. 16. §. 1. quod vi (43, 24). Die richtige Meinung geht vielmehr schon bestimmt genug aus dem allgemeinen Prinzip des röm. Rechts hervor:

> „pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur", l. 63. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), cf. l. 6. §. 2. de oper. servor. (7, 7),

und daß dieser Grundsatz gerade auch bei der Verbindlichkeit zur Ersatzleistung angewendet wurde, zeigt theils die l. 1. §. 15. si quid in fraud. patr. (38, 5), theils und vorzüglich die l. 33. ad leg. Aquil. (9, 2):

> *Paulus.* „Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi";

vgl. auch l. 3. si quadr. (9, 1), l. 7. pr., l. 27. §. 28, l. 41. pr. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 5. §. 5, l. 7. de praescr. verb. (19, 5). S. Mommsen S. 122 fgg., Nußbaumer S. 6 fgg., Windscheid S. 538 fgg., Cohnfeld S. 73 fgg.

Daß selbst nicht einmal im Falle eines juramentum in litem eine Ausnahme von dieser Regel gemacht werden darf, ist an einem anderen Orte ausgeführt worden, s. Bd. I. §. 171. Anm. (S. 268 fgg.).

Anm. 4. Von besondrem Interesse für die Lehre vom Schadenersatz ist noch die Verordnung Justinian's in l. un. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur (7, 47):

> „Quum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas

suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, quum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra complectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio" (531).

Außer den im Eingange dieſes §en zitt. Schriftſtellern, die ſich alle auch mehr oder minder ausführlich über dieſe beſtrittene Konſtitution ausgeſprochen haben, und unter denen insbeſ. *Donell.* cit. c. 4 sqq. (opp. IX. p. 825 sqq.) hervorzuheben iſt, ſind auch noch zu vergleichen *Cujac.*, Paratitla in Cod. ad h. l. (opp. II. p. 493 sqq.), wo auch eine intereſſante Pharaphraſe der l. un. cit. von Theodor. Hermopol. mitgetheilt wird, *Ejusd.* recitt. solenn. in Cod. ad h. l. (opp. IX. p. 1072 sqq.), obss. lib. IX. c. 31. (opp. III. p. 240 sqq.), *Giphan.*, explan. leg. diff. Cod. ad h. l. p. 258 sqq., Seuffert, Erörtr. I. S. 157 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening II. S. 86 fgg., W. Sell in ſein. Jahrb. Bd. I. S. 183 fgg., Sintenis II. S. 78 fgg. — Die zweite Hälfte dieſer wichtigen Verordnung bedarf keiner beſondern Beſprechung, da hier von Juſtinian nur Grundſätze eingeſchärft werden, welche auch dem früheren Rechte angehören, und die namentlich mit den in der vorhergehenden Anm. gegebenen Ausführungen völlig zuſammen ſtimmen. Was aber den erſten Theil des Geſetzes anbelangt, wonach in allen casus certi das Intereſſe das Doppelte nicht überſteigen darf, ſo muß

I. nach meiner Ueberzeugung die Grundlage der ganzen Auslegung der Satz ſein, daß Juſtinian hier eine ſchon beſtehende Obligation vorausſetzt, zu welcher der Anſpruch auf Schadenserſatz ſich gleichſam wie ein Acceſſorium verhält, ſo daß alſo nur dann von der Juſtinianiſchen Beſchränkung auf das alterum tantum die Rede ſein kann, wenn Jemand aus irgend einem obligatoriſchen Grunde ein beſtimmtes Objekt zu fordern hat, und dabei dann der Schuldner durch Nichtleiſtung oder nicht gehörige Leiſtung dem Gläubiger einen Schaden zufügt. Iſt dagegen keine Obligation vorhanden, durch deren Verletzung dem Gläubiger geſchadet wird, ſondern entſteht erſt durch die Schaden bringende Handlung eine Obligation, ſo daß Schadenserſatz der prinzipale Gegenſtand der Forderung iſt: ſo bleibt die Vorſchrift der l. un. cit. außer aller Anwendung, und der Beſchädigte darf auch über das alterum tantum ſeinen Schaden tariren. Für dieſe Anſicht, wonach namentlich überall, wenn unmittelbar *ex delicto* oder ähnlichen Gründen die Verbindlichkeit zum Schadenserſatz entſteht, die l. un. cit. unberückſichtigt bleibt, ſprechen hauptſächlich folgende Argumente:

1) Juſtinian ſagt, es ſolle das hoc, quod interest, *dupli* quantitatem minime excedere. Jedes duplum ſetzt aber nothwendig ein simplum voraus, und dieſes simplum muß natürlich ein von dem Quantum des Schadenerſatzes

verschiedenes Objekt sein, eben weil ja erst danach das Quantum des Schadenserſatzes ermessen werden soll. Offenbar fehlt es nun aber bei der aus Delikt oder Quasidelikt hervorgehenden Obligation auf Schadenserſatz an einem solchen simplum als Maßstab, und nur in solchen Fällen kann davon die Rede sein, wo schon ein anderweiter prinzipaler Gegenstand der Forderung vorhanden ist. Nicht ohne Schein läßt sich freilich auch für Fälle der erstren Art ein simplum als Maßstab, in der Weise herausbringen, daß man, wie Mühlenbruch, Lehrb. §. 370. sagt, „den objektiv zu ermittelnden einfachen Schadenswerth“ oder „den Werth des Gegenstandes, welcher das Hauptobjekt des Schadenserſatzes ausmacht“, als solchen Maßstab auffaßt. Gesetzt, es tödtet mir Jemand kulposer Weise ein Thier, so muß man nach Mühlenbruch so argumentiren: zunächst ist mir der Thäter zur Prästation des reinen Sachwerths (der vera rei aestimatio) verpflichtet; hierauf kommt es dann zur Berechnung der anderweiten mir durch die Tödtung herbeigeführten Nachtheile (mittelbarer Schaden, namentlich lucrum cessans), und dabei darf dann das alterum tantum der vera rei aestimatio nicht überschritten werden. Sicher ist aber die bei dieser Argumentation zu Grunde liegende Idee, daß in solchen Fällen die vera rei aestimatio das eigentliche prinzipale Objekt des Rechts auf Entschädigung sei, und andrer mittelbarer Schaden nur so gleichsam ex post noch hinzutrete, ganz irrig; sondern, wenn mich Jemand durch Delikt beschädigt, so ist er mir von vorne herein und principaliter zum Ersatze des gesammten mir angerichteten Schadens verpflichtet, und das damnum indirectum und lucrum cessans ist ein eben so unmittelbares und prinzipales Objekt dieser Verpflichtung, als die vera rei aestimatio, so daß man durchaus nicht einsehen kann, wie man ohne äußerste Willkür das Eine zum Maßstab für das Andre machen dürfte. Setzen wir aber z. B. daß mir Jemand ein Thier verkauft hat, und mir dieses nachher nicht leistet, so ist augenscheinlich dieses Thier das eigentliche unmittelbare Objekt meiner Forderung, und nur accessorisch tritt noch ein fernererer Anspruch auf Ersatz anderweiter Nachtheile, die durch die Nichtleistung entstanden sind, hinzu, und hier ist es gar nicht unnatürlich, jenes prinzipale Objekt zum Maßstab für die accessorische Leistung zu machen.

2) Zu der hier behaupteten Beschränkung der Justinianischen Verordnung führen auch die historischen Anknüpfungspunkte derselben, wohin insbesondre das mit unsrer Vorschrift offenbar nahe zusammenhängende Verbot des Zinsennehmens ultra alterum tantum, die bekannten duplae stipulationes in Betreff der Eviktionsleistung und der heimlichen Mängel, und die schon dem Pandektenrechte angehörige Bestimmung gehören, daß im Falle einer Eviktionsleistung das Interesse nicht über das Doppelte geschätzt werden dürfe, l. 44. coll. l. 43. fin. de act. emt. et vend. (19, 1). Ueberall wird hier eine anderweite prinzipale Obligation vorausgesetzt, und es leuchtet der Gedanke durch, daß es nicht passend erscheine, daß die Nebenforderungen die Größe der Hauptforderung übersteigen. Davon, daß auch dann, wenn gerade der Schadenserſatz das prinzipale Objekt der Obligation ausmacht, eine ähnliche Beschränkung des in Anspruch zu nehmenden Quantums Statt gefunden habe, kommt keine Spur vor, so wenig, daß auch noch in den Pandekten und in den Institutionen (also nach unsrer l. un.)

in solchen Fällen eine ganz freie Schadensberechnung gestattet wird, vgl. z. B. l. 23. pr. §. 3. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 10. J. eod. (4, 3), Theoph. ad h. l.

3) Als unterstützendes Moment kann auch die ratio dienen, welche der Jurist für die vorher angeführte Vorschrift des Pandektenrechts anführt, daß im Falle der Eviktionsleistung das Interesse nicht über das Doppelte berechnet werden dürfe:

> „Plane si in tantum pretium excessisse proponas, *ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa*, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem".

Daß dieses nicht auf Fälle paßt, wo unmittelbar durch Delikt die Verbindlichkeit zum Schadenersatz begründet wird, versteht sich von selbst.

4) Endlich geht auch aus den Worten der Konstitution selbst hervor, daß der Kaiser bei seiner neuen Bestimmung nicht an Delikts-Obligationen denkt, sondern eine anderweite bestehende Obligation voraussetzt, verb.: *„velut in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus"*.

Diese hier vertheidigte Ansicht, wonach die l. un. cit. keine Anwendung findet, wenn der Schuldanspruch von Anfang an auf Ersatzleistung gerichtet ist, ist denn auch, ungeachtet der abweichenden Meinung der Glosse ad h. l., von jeher von den Meisten angenommen, und auch noch h. z. B. unbedingt als die gemeine Lehre anzusehen, vgl. auch Sell a. a. O. S. 217 fgg. und die dort in Not. 3. Zitt., Unterh. I. S. 264, v. Wening, Schadenserf. S. 291, Sintenis cit., Mommsen S. 235 fgg. u. A. m. Doch hat auch die abweichende Meinung der Glosse wieder Vertheidiger gefunden an Schöman, Schadenserf. II. S. 144 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 370, Cohnfeld S. 46 fgg. S. 207 fgg.

II. Ist nun aber die im Vorigen nachgewiesene Voraussetzung wirklich vorhanden, dann ist es ganz gleichgiltig, wie das Objekt der prinzipalen Obligation beschaffen ist, wenn dasselbe nur in Geld angeschlagen werden kann. Die Meinung nämlich, daß zwischen obligatio *certa* und *incerta* zu unterscheiden, und nur bei der erstren von Justinian's Vorschrift Anwendung zu machen sei, so daß z. B. alternative Obligationen, und die obligatio auf ein genus, auf ein facere und non facere ausgeschieden werden müßten, entbehrt eines jeden innern Grundes, und auch die Worte des Kaisers, worauf man sich beruft: „in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*" haben sicher nicht diesen Sinn. Meiner Ueberzeugung nach soll mit diesem, jedenfalls ungeschickt gewählten Ausdrucke nicht auf eine nothwendige besondre Qualität des Objekts hingewiesen, sondern es soll damit nur angedeutet werden, daß hier eine anderweite Obligation vorausgesetzt werde mit einem, von dem ungewissen Schadenserſatz verschiedenen Objekte, mit einem Objekte also, welches eben darum certam quantitatem vel certam naturam hat, weil es nicht das unbestimmte id, quod interest, sondern etwas davon Verschiedenes, bestimmt Begrenztes ist. Unter den casus incerti, bei denen die Justinianische Vorschrift nicht eintreten soll, kann ich demnach nichts Anderes verstehen, als solche Fälle, in denen gerade nur das id, quod interest, Gegenstand des Anspruchs ist. Ich glaube, den

wahren Gedanken Justinian's in folgender Paraphrase treu wiedergeben zu können: „Wenn Jemand bei Gelegenheit eines Obligations-Verhältnisses, vermöge dessen er einen Anspruch auf irgend ein bestimmtes Objekt hat, wie z. B. bei einem Kauf- oder Miethgeschäft, oder bei einem beliebigen anderen Kontrakte von dem andren Kontrahenten durch eine obligationswidrige Handlung desselben benachtheiligt wird, so soll er diesen Schaden doch niemals über das alterum tantum jenes Obligations-Objekts (der res debita) taxiren dürfen. Hat aber der Beschädigte nicht so ein bestimmtes Objekt zu fordern, sondern geht sein ganzer Anspruch von vornherein auf das unbestimmte id, quod interest, dann" u. s. w.

III. In welcher Weise die obligationswidrige Handlung vorgenommen wird, durch welche der accessorische Anspruch auf Schadensersatz entsteht, muß nach den ganz allgemeinen Worten des Kaisers als gleichgiltig erscheinen, und so muß denn Justinian's Gesetz nicht blos dann Anwendung finden, wenn das schuldige Objekt gar nicht geleistet, oder wenn es zwar geleistet, aber nachher wieder evinzirt wird, sondern auch, wenn es nicht am rechten Orte, oder nicht zur rechten Zeit, oder wenn es fehlerhaft geliefert, oder wenn etwa nicht die obligationsmäßige diligentia in Behandlung oder Aufbewahrung der Sache angewendet wird, und diese dadurch deteriorirt oder untergegangen ist, obwohl freilich im letztren Falle dann, wenn die Deterioration oder Vernichtung der z. B. deponirten oder kommodirten Sache durch eine positive Thätigkeit des Depositar oder Kommodatar geschah, deßhalb auch die actio legis Aquiliae anwendbar ist, und unter dieser Voraussetzung die Beschränkung der l. un. cit. wegfällt. Weßhalb aber, abgesehen von dieser letztren Modifikation, im Falle fehlerhafter Leistung oder im Falle der kulpos herbeigeführten Deterioration oder Vernichtung der res debita, überhaupt nicht von der Justinianischen Verordnung Anwendung gemacht werden soll, wie so Viele behaupten (vgl. z. B. Sell a. a. O. S. 211 fgg. und die da S. 213. Not. 1. Zitt.), vermag ich nicht einzusehen: denn auch in diesen Fällen ist ja doch unzweifelhaft eben so, wie in den andren oben angedeuteten, ein prinzipales, von dem id, quod interest, verschiedenes Objekt da, welches certam quantitatem vel naturam hat, und welches also vollkommen geeignet ist, den Maßstab abzugeben für die accessorisch hinzutretende Verpflichtung zum Schadensersatze.

IV. Eben so wenig vermag ich einen genügenden Grund aufzufinden, weßhalb im Falle doloser Obligationswidrigkeit von der Justinianischen Verordnung keine Anwendung gemacht werden soll, obwohl dies freilich von der Mehrzahl der älteren und neueren Juristen behauptet wird, vgl. z. B. *Cujac.*, rec. sol. l. c. p. 1077 sqq., *Donell.* cit. cap. 7. (p. 237 sqq.), *Gast.* cit. p. 770, *Magn.* cit. c. 10. p. 310 sqq., *Giphan.* cit. p. 264 sqq., Glück IV. S. 448, Seuffert a. a. O. S. 161 fgg. Im Gesetze selbst kommt auch nicht entfernt eine Andeutung eines solchen Unterschieds zwischen dolus und culpa vor, und wenn Seuffert a. a. O. meint, es trete im Falle des dolus der Standpunkt des Delikts ein, indem „die Forderung auf das Interesse nicht sowohl in dem Vertrage, in dem casus certae naturae selbst, sondern in dem dolus des andren Kontrahenten ihren Grund habe", so würde diese Bemerkung

soweit sie wahr ist, eben so auch auf den Fall der bloßen culpa passen; aber bei beiden, bei dolus wie bei culpa, trifft sie darum nicht zu, weil in beiden Fällen gleichmäßig mit der Kontraktsklage das id, quod interest gleichsam als ein accessorium der prinzipalen obligationsmäßigen Leistung verfolgt wird; vgl. auch Sell a. a. O. S. 221 fgg. Ist freilich die dolose Handlung so beschaffen, daß daraus auch ein selbstständiger Anspruch auf das id, quod interest begründet werden kann, so versteht es sich nach den unter I. gegebenen Ausführungen von selbst, daß in diesem Falle die Justinianische Verordnung außer Anwendung bleibt.

V. Wenn Justinian sagt, es dürfe das hoc, quod interest, *dupli quantitatem minime excedere*, so hat dies offenbar den Sinn, daß außer der eigentlichen schuldigen Leistung nur noch der einmalige volle Betrag derselben als mögliches Interesse gefordert werden kann, so daß der ganze Umfang dessen, was vom Schuldner zu leisten ist, das duplum nicht übersteigen darf. Dies ist auch von jeher die einstimmige Ansicht unsrer Rechtslehrer gewesen, und es ist daher allerdings auffallend, wenn Thibaut in Braun's Erörtr. S. 282. umgekehrt sagt, es könne in das Doppelte, was Jemand als Nebenschaden zu erlegen habe, „auf allen Fall" das Hauptobjekt, welches er restituirt oder restituiren soll, nicht mit eingerechnet werden; vgl. dagegen auch Sell a. a. O. S. 238 fgg. —

An der praktischen Geltung der hier näher entwickelten l. un. cit. ist übrigens verständiger Weise nicht zu zweifeln, denn die hier und da aufgestellte Meinung, daß durch den schon in der vorigen Anm. angeführten und ausgezogenen Reichs-Deput. Absch. von 1600 §. 139. die Justinianische Verordnung aufgehoben sei, und auch in den casus certi in infinitum das Interesse berechnet werden dürfe, ist augenscheinlich so grundlos, und eine solche Abänderung liegt so weit von der wahren Absicht des Reichsgesetzes entfernt, daß eine besondre Widerlegung jener Ansicht als völlig überflüssig erscheinen muß; s. auch Sell a. a. O. S. 246 fgg.

D. Verbindlichkeit zur Leistung einer Privatstrafe. §. 572.

Dig. XLVII. 1. de privatis delictis. — Savigny II. S. 300 fgg., Neuner, Privatrechtsverh. S. 197 fgg. Vgl. auch Kleinschmidt im neuen Arch. für prakt. Rechtsw. I. S. 70 fgg.

Anm. Ueber die unendlich bestrittene Frage, wie es sich verhalte, wenn aus demselben Faktum mehrere Pönalklagen begründet werden können, vgl. *Cujac.*, recitt. ad Pand. in opp. ed. Neap. tom. VIII. p. 360 sqq. p. 716 sqq., *Finestres* ad l. 32. de O. et A. in comm. ad Hermog. Cervar. 1757. p. 601 sqq., *Suarez de Mendoza* ad leg. Aquil. lib. III. c. 1. 2. in Meerm. thes. II. p. 140 sqq.), *Averani*, interpret. III. c. 14, *de Savigny*, de concursu formali delictor. Marb. 1800. p. 19 sqq. (verm. Schriften Bd. IV. S. 86 fgg.), Thibaut, ziv. Abh. S. 180 fgg., Keller, Lit. Kont.

und Urth. S. 481 fgg., Brackenhöft, Identität und Konnexität der Rechtsverh. Gött. 1839. S 333 fgg., Savigny, System Bd. V. S. 237 fgg., Buchka, Einfluß des Proz. auf die materiellen Rechtsverh. Bd. I. S. 79 fgg., Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 180 fgg., beſ. S. 190 fgg.

Savigny hat dieſe Frage in ſeiner älteſten und in einer ſeiner jüngſten Schriften ganz gleichmäßig dahin beantwortet, daß unter den römiſchen Juriſten ſelbſt darüber die größten Meinungs-Verſchiedenheiten geherrſcht hätten, und die Zeugniſſe davon auch in die Pandekten übergegangen wären. Während nämlich Modeſtin in l. 53. pr. de O. et A.:

„Plura delicta in una re plures admittunt actiones, *sed non posse omnibus uti probatum est;* nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus utendum est“

die Meinung vertheidige, daß immer nur eine der mehreren Pönalklagen gebraucht werden könne, gehe Paulus von der Anſicht aus, daß nach der Anſtellung der einen die andre wenigſtens inſoweit noch angeſtellt werden dürfe, als ſie auf ein Mehr gehe, l. 41. §. 1. de O. et A.:

„Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat*, si tantundem aut minus, nil consequatur (über dieſe nothwendige Emendation der Schlußworte ſtatt des handſchriftlichen *id* consequatur ſ. *Cujac.*, obs. III. 25. und vgl. auch *Pagenstecher*, admonit. ad Pand. P. 6. §. 289, welcher mit noch geringerer Veränderung des Textes vorſchlägt: „*id non* sequatur“; ſ. überhaupt Thibaut a. a. O. S. 194, Savigny, Syſt. S. 224. und Huſchke cit. S. 180. und Bd. IV. S. 300)

und von dieſer Pauliniſchen Meinung kämen auch mehrere Anwendungen in andren Fragmenten vor, wie namentlich in l. 34. pr. de O. et A. (44, 7), l. 1. 11. arbor. furtim caesar. (47, 7), l. 88. de furt. (47, 2), l. 1. vi bon. raptor. (47, 8). Endlich aber ſei noch von Ulpian eine dritte Theorie vertheidigt, daß nämlich alle Strafklagen unvermindert neben einander zur Anwendung kommen müßten, l. 60. de O. et A. (44, 7):

„Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit“, cf. l. 130. de R. J. (ebenfalls von Ulpian): „Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit“,

und auch von dieſer Anſicht ſeien mehrfache Anwendungen in andren Ulpianiſchen Stellen aufgenommen, wie namentlich in l. 11. §. 2. de servo corrupto (11, 3), l. 14. §. 1. de praescript. verb. (19, 5), l. 2. §. 10. 26. vi bonor. raptor. (47, 8), l. 15. §. 46, l. 25. de injur. (47, 10). Dieſelbe Meinung werde auch von Papinian in l. 6. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) vertheidigt, und eben ſo werde ſie auch von Hermogenian (bekanntlich dem neueſten unter den in den Pandekten exzerpirten Juriſten) in einer Stelle ausgeſprochen, die man gleichſam als das letzte Wort in der Juſtinianiſchen Geſetzgebung anſehen müſſe, weil da ausdrücklich auf die vorhandene große Kontroverſe hingedeutet und die Thatſache hinzugefügt werde, daß die (Ulpianiſche) ſtrengere Meinung allgemein anerkannt worden ſei, l. 32. de O. et A. (44, 7):

„Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit*".

Demnach müsse man nun offenbar diese letztre Meinung als die im Justinianischen Rechte eigentlich rezipirte ansehen, und zwar um so mehr, da Justinian selbst einen einzelnen Fall ganz im Sinne der Ulpianischen Theorie entschieden habe, l. 20. C. de furtis (6, 2), §. 8. J. de oblig. ex del. (4, 1); die Aufnahme der abweichenden Stellen von Modestin und Paulus müsse aber daraus erklärt werden, daß hier Justinian ein Stück Rechtsgeschichte habe mittheilen wollen, damit daraus um so klarer der Sinn der letzten siegreichen Entscheidung hervortreten möge.

So weit v. Savigny. Wie mißlich überhaupt die von Savigny, System I. S. 276 fgg. näher besprochene, von ihm s. g. historische Vereinigung mehrerer widerstreitenden Stellen der Justinianischen Legislation ist, kann von keinem Unbefangenen verkannt werden, vgl. auch Kritz, Rechtsf. Bd. IV. S. 93 fgg., und Savigny selbst erkennt S. 280 an, daß die systematische Vereinigung unbedingt den Vorrang vor dieser historischen in Anspruch nehmen müsse, und die letztre nur dann zur Anwendung kommen dürfe, wenn die Stellen in andrer Art schlechthin nicht vereinigt werden könnten. In unsrem vorliegenden Falle müssen aber noch ganz besonders dringende Zweifel gegen die von Savigny in Anwendung gebrachte Interpretations-Art entstehen, da hier nicht etwa eine oder ein Paar Stellen in die Pandekten aufgenommen sind, in denen die angeblich später besiegte Meinung ausgesprochen wird, sondern Stellen in bedeutender, überwiegender Zahl, und da überdies die Gründe, aus denen Savigny die von ihm dem Ulpian besonders beigelegte Meinung als die im Justinianischen Rechte eigentlich rezipirte hinstellt, nichts weniger als überzeugend sind. Daß die Stelle, in welcher Savigny gleichsam das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung sieht, gerade von Hermogenian, also dem neuesten in den Pandekten exzerpirten Juristen ist, wird von ihm selbst mit Recht als unbedeutend angesehen, sondern als der wahre Grund, weshalb man diese Stelle als die eigentlich entscheidende annehmen müsse, wird angenommen, weil da auf die Kontroverse hingedeutet, und die da referirte Meinung als die herrschend gewordene hingestellt sei. Aber paßt dies nicht auch ganz auf Stellen, in denen die angeblich von Justinian verworfenen Meinungen referirt sind? Heißt es nicht in dem Fragmente von Modestin, in l. 53. pr. de O. et A.: „non posse omnibus uti, *probatum est*"? und wird nicht in einer der Paulinischen Stellen, in l. 34. pr. de O. et O. ausführlicher und detailirter, als in jenem Hermogenianischen Fragmente auf die verschiedenen Meinungen hingewiesen, und dann mit Verwerfung aller dieser Ansichten diejenige als die allein verständige hingestellt, wonach mit der folgenden Klage noch das Mehr, aber auch nur dieses, eingefordert werden dürfe? Und doch sollen diese Stellen blos als historische betrachtet, und die dort so bestimmt gebilligten oder als allein verständig hingestellten Theorieen sollen als im Justinianischen Rechte verworfen aufgefaßt werden müssen! Für dieses von Savigny angenommene Verhältniß kann auch durchaus nicht die Justinianische Entscheidung in l. 20. C. de furt. (6, 2) an-

geführt werden, da es sich hier wesentlich nur um die Frage handelte, ob die actio furti und die actio servi corrupti auch dann begründet seien, wenn eigentlich kein furtum und keine corruptio servi, sondern nur ein gescheiterter Versuch dazu vorliege? Diese bestrittene Frage (vgl. Gai. III. §. 198) entscheidet hier der Kaiser, nicht aber den angeblichen Streit über die Art der Konkurrenz dieser beiden Klagen. — Meiner Ueberzeugung nach muß die ganze Grundlage der Savigny'schen Meinung, daß Justinian nämlich uns hier ein Stück Rechtsgeschichte habe mittheilen wollen, und darum Stellen aufgenommen habe, worin die verschiedenen Ansichten der römischen Juristen entwickelt seien, gänzlich verworfen werden (vgl. auch Buchka und Huschke a. d. aa. OO.), sondern die verschiedenen Stellen, die Savigny als widerstreitend anführt, sind in keinem wahren Widerspruche, und die über unsre Frage verhandelten Kontroversen der römischen Juristen sind in keinen selbstständigen Stellen in die Justinianische Kompilation übergegangen.

Zunächst müssen ein Paar Stellen hier ganz ausgeschieden werden, die unsrer Frage völlig fremd sind. Es sind dies nämlich die oben ausgezogenen l. 60. de O. et A. und l. 130. de R. J., denn hier ist sicher nicht von mehreren aus einem und demselben Faktum hervorgehenden Pönalklagen die Rede, sondern es soll dort nur der Gedanke ausgesprochen werden, daß die Identität des Objekts bei mehreren zusammentreffenden Pönalklagen kein Grund der prozessualischen Konsumtion sei, vgl. auch Keller, Lit. Kont. S. 482 fgg. S. 494. Abgesehen nun von diesen hierher gar nicht gehörigen Stellen lassen sich die übrigen ungezwungen durch die Unterscheidung zweier Fälle mit einander vereinigen.

1) Wenn eine widerrechtliche Handlung, aus welcher mehrere Rechtsverletzungen hervorgehen, so beschaffen ist, daß dieselbe, ungeachtet sie äußerlich als eine einzige Handlung erscheint, doch juristisch gleichsam zerlegt werden muß, indem jede einzelne der verschiedenen Rechtsverletzungen nicht aus der Handlung in ihrer Totalität, sondern so zu sagen, aus einem Stücke dieser Handlung hervorgeht: so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß die verschiedenen aus den mehreren Rechtsverletzungen hervorgehenden Pönalklagen in ihrem vollen Umfange neben einander begründet sind, denn jede hat ja ihr selbstständiges von der andern ganz unabhängiges Fundament, und eigentlich ist es gar nicht eine Handlung, sondern eine Mehrheit von Handlungen, die nur in ihrer äußeren Erscheinung, aber nicht juristisch als eine einzige erscheinen. So versteht es sich z. B. von selbst, daß wenn Jemand durch eine Rede Mehrere injurirt hat, die verschiedenen Injurienklagen ganz unabhängig von einander sind, vgl. l. 41. de injur. (47, 10). Eben so unzweifelhaft ist es, daß wenn einem Sklaven die Kleider gestolen wurden, und der Entkleidete vor Kälte gestorben ist, wegen der gestolnen Kleider die actio furti und wegen des getödteten Sklaven die Aquilische Klage, und zwar beide in solidum, begründet sind, l. 14. §. 1. de praescript. verb. (19, 5), und gerade bei diesem Beispiele läßt sich jene oben berührte Zerlegung der Handlung recht augenscheinlich nachweisen, indem das Entkleiden, als Ursache des Todes, und das Wegnehmen der Kleider gleichsam als verschiedene Stücke der ganzen Handlung erscheinen. Und hierher gehört denn auch der weitere Fall

wenn Jemand einen fremden Sklaven zu einem Diebstale beredet hat, denn der Bestolne stellt hier gegen den improbus auctor furti die actio furti, und der Herr des Sklaven wegen der Deterioration dieses Letztren die actio servi corrupti an, und wenn Bestolner und Eigenthümer zufällig dieselbe Person sind, so stehen diesem natürlich beide Klagen neben einander in solidum zu, „nec sufficiet, alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit", l. 11. §. 2. de servo corrupto (11, 3). Daß in irgend einem dieser Fälle Streit unter den römischen Juristen gewesen sei, und namentlich Paulus dieselben anders entschieden haben würde, scheint mir ungedenkbar, und die scheinbar abweichenden Stellen beziehen sich auf Fälle, die von den bisher betrachteten gar sehr verschieden sind. Es kann nämlich

2) auch vorkommen, daß eine Handlung, aus welcher mehrere Pönalklagen hervorgehen, so beschaffen ist, daß jede dieser mehreren Pönalklagen, oder wenigstens eine von ihnen, die Handlung in ihrer Totalität zur nothwendigen Voraussetzung hat, daß also, um sie zu begründen, man nicht etwa die Handlung zerlegen darf, sondern immer die ganze Handlung zu ihrer Fundirung nöthig ist. Solche Fälle können vorkommen bei Handlungen, welche öffentliche Strafen zur Folge haben, und so war es z. B. bei den Römern nichts Seltenes, daß eine und dieselbe Handlung als crimen vis oder als crimen majestatis, vgl. z. B. l. 1. §. 1. ad leg. Jul. majest. (48, 4) mit l. 3. pr. §. 2, l. 5. pr. ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6), als crimen falsi, oder als crimen majestatis vgl. l. 2, l. 3. ad leg Jul. majest. mit l. 16. §. 1, l. 27. §. 2. ad leg. Cornel. de fals. (48, 10), und l. 2. C. de fals. monet. (9, 24) mit l. 8. 9. pr. ad leg. Corn. de fals. (48, 10) aufgefaßt wurde. Eben so können aber auch solche Fälle vorkommen bei Handlungen, welche nur *actiones poenales* im Gefolge haben. Setzen wir, es hat Jemand unsre Bäume heimlich abgehauen, so ist für einen solchen Fall, in seiner Totalität aufgefaßt, bekanntlich eine eigne Pönalklage aus den XII Tafeln begründet, aber augenscheinlich kann auch ganz abgesehen davon der Gesichtspunkt eines damnum injuria datum aus dem 3. Kapitel der lex Aquilia aufgefaßt werden. Oder nehmen wir, es hat uns Jemand beraubt, so hat dafür das prätorische Edikt eine eigne Klage, die actio vi bonorum raptorum, eingeführt, aber es steht dem Verletzten nichts im Wege, auch von dem Merkmal der Gewalt abzusehen, und die Handlung als gewöhnliches furtum aufzufassen. Oder man denke sich, es hat Jemand unsren Sklaven thätlich mißhandelt, so ist gegen dergleichen Handlungen ein eignes prätorisches Edikt mit der actio injuriarum gerichtet, l. 15. §. 34. de injur. (47, 10):

> „Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo"

und daß dieses Edikt die Handlung in ihrer Totalität auffaßte, geht namentlich aus l. 8. C. de injur. (9, 35) hervor („Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, *qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur*, agere posse convenit"); natürlich aber konnte eine solche Mißhandlung auch als damnum injuria datum aufgefaßt, und die actio leg. Aquiliae daraus angestellt werden.

In Fällen dieſer Art die mehreren Pönalklagen vollſtändig neben einander gebrauchen zu wollen, iſt augenſcheinlich unzuläſſig, denn nothwendig würde, da wenigſtens eine der Pönalklagen die ganze Handlung zur nothwendigen Grundlage hat, mindeſtens ein Stück dieſer Handlung doppelt beſtraft, und ſo kann ich kaum glauben, daß dieſe Meinung je von einem römiſchen Juriſten vertheidigt ſein ſollte. Wohl aber war eine verſchiedene Behandlung dieſer Fälle inſofern leicht gedenkbar, daß Manche nur einen rein elektiven Konkurs der mehreren Klagen zuzulaſſen geneigt ſein mochten, indem ſie namentlich hierher nicht ohne Schein die Grundſätze der Prozeßkonſumtion herzogen, und ſich auch wohl außerdem durch die Analogie der judicia publica beſtimmen ließen, indem es bei dieſen ausgemachten Rechtens war, daß, wenn Jemand reus aus einer lex judicior. publicor. geweſen war, er nicht mehr wegen derſelben Handlung aus einer andren lex accuſirt werden konnte, l. 14. de accusat. (48, 2): „Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret“, cf. l. 9. init. C. de accusat. (9, 2). Andre aber ſtellten mit Beſeitigung der mit Unrecht hierher gezogenen Prinzipien über Prozeßkonſumtion, und mit Verwerfung der Analogie der publica judicia, den gewiß auch verſtändigeren Grundſatz auf, daß, wenn die eine actio poenalis durchgeführt iſt, die andre dann und inſoweit noch gebraucht werden dürfe, wenn und wieweit ſie, hätte man ſie gleich Anfangs angeſtellt, ein Mehr für den Kläger zur Folge gehabt hätte; und daß dieſe Meinung als die herrſchend gewordene, und namentlich als die im Juſtinianiſchen Rechte rezipirte anzuſehen iſt, geht namentlich aus l. 34. pr. de O. et A. mit Beſtimmtheit hervor:

> *Paul.* libro sing. de concurrentib. actionib.: „Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum; injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa, et ideo possunt utrae cumpetere; sed quidam altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit, sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur; *rationabilius itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit, actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi*“.

Abgeſehen von der zweiten, hier referirten Meinung, wonach zwar die actio legis Aquiliae noch nach der actio injuriarum, aber nicht auch umgekehrt angeſtellt werden dürfe, einer Meinung, die augenſcheinlich keine allgemeinere Bedeutung, ſondern gerade nur auf das Verhältniß dieſer beiden ſpeziellen Klagen Bezug hat, und ſich auf eine ſkrupulöſe Berückſichtigung der formula bei der actio injuriarum gründet, vgl. Keller, Lit. Kont. S. 486 fgg., abgeſehen hiervon, ſage ich, führt Paulus zwei verſchiedene Anſichten an, die eine, wonach ſchlechthin ein elektiver Konkurs Statt finden ſoll, und die andre, wonach noch immer eine Nachklage auf das Mehr zugelaſſen wird, und dieſe letztre wird in ganz entſchiedener Weiſe als die richtigere und ſachgemäßere hingeſtellt. Wenn

dagegen Savigny meint, Ulpian habe diesen Fall anders wie Paulus entschieden in l. 15. §. 46. de injur. (47, 10):

> „Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, *eandem rem non esse*, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam",

so läßt sich dies nicht erweisen, indem der Sinn jener Stelle sicher nur der ist, daß der späteren actio legis Aquiliae nicht die exceptio rei judicatae wegen der früher durchgeführten actio injuriarum entgegengesetzt werden könne, weil es nicht eadem res sei, eine Ansicht, die ganz so auch Paulus vertheidigt; daß aber die nachfolgende actio legis Aquiliae auf das Ganze gehen dürfe, sagt Ulpian mit keinem Worte, und wenn es auch — was mir übrigens sehr unwahrscheinlich ist — sein Gedanke gewesen sein sollte, so dürfen wir dies doch unmöglich nach Justinianischem Rechte annehmen, und noch weniger mit Savigny diese jedenfalls unbestimmte und mehrdeutige Ulpianische Stelle mit ihrem erst hinein getragenen Inhalte dem ganz klaren und bestimmten Paulinischen Fragmente vorziehen. Eben so wenig ist auch der weitere Ausspruch Ulpian's in l. 25. de injur. in irgend einem Widerspruch mit der Meinung des Paulus, indem dort schlechthin nichts weiter gesagt wird, als daß gegen den, „qui servam immaturam stupravit" eine actio injuriarum und auch die actio legis Aquiliae zustehe, ohne daß auch nur entfernt die Art und Weise dieser Konkurrenz da bestimmt würde. Wenn endlich Savigny auch noch Papinian's Ausspruch in l. 6. pr. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) gegen Paulus anführt, so kann ich auch hierin nur finden, daß Papinian mehrere Klagen als zuständig anführt, ohne daß er irgend die Art der Konkurrenz genauer angäbe, und die von Savigny besonders hervorgehobenen Worte: „nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo" deuten keineswegs auf eine vollständig kumulative Konkurrenz, sondern ihr Sinn ist nur der, daß, da der dominus mehrere Klagen zu seiner Disposition habe, von einer Straflosigkeit des Thäters keine Rede sein könne, wenn auch die Strafen der lex Julia de adulteriis in diesem Falle nicht Platz greifen könnten. — Daß aber wirklich die in l. 34. cit. entwickelte Ansicht die im Justinianischen Rechte geltende ist, geht auch noch daraus hervor, daß ganz in Gemäßheit derselben der oben angedeutete Konkurrenzfall der actio arborum furtim caesarum und der actio legis Aquiliae entschieden wird, l. 1. arbor. furt. caesar. (47, 7):

> *Paul.*: „Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex XII tabularum dandam actionem Labeo ait. Sed Trebatius ita utramque dandam, *ut judex in posteriore deducat id, quod ex prima consecutus sit, et reliquo condemnet*",

woraus dann von selbst die unbestimmte l. 11. eod. ihre wahre Bedeutung erhält, denn zwischen zwei Stellen desselben Verfassers kann doch ein Widerspruch nicht wohl angenommen werden, obwohl man überzeugt sein kann, daß wenn die l. 11. cit. den Namen Ulpian vor sich tragen würde, Savigny auch sie als einen Beweis der entgegengesetzten Meinung Ulpian's angeführt hätte. — Eben so ist auch endlich der weiter oben angedeutete Konkurrenzfall der actio vi bonorum raptorum und der actio furti ganz in dem Sinne der l. 34. cit. entschieden worden in l. 1. vi bonor. raptor. (47, 8):

Paul.: „Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum, et vi bonorum raptorum in quadruplum: sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti, si ante furti actum sit, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur, vgl. l. 88. de furt. (47, 2),

und dagegen können auch nicht mit Savigny die ganz unbestimmten l. 2. §. 10. und §. 26. vi bon. raptor. angeführt werden, indem dort nur die mögliche Konkurrenz der a. vi bon. rapt. mit der a. furti und der a. leg. Aquiliae angedeutet, aber in keiner Weise die Art dieser Konkurrenz bestimmt wird; und nicht wohl begreiflich ist es daher, wie Savigny annehmen kann, jene an die Spitze des Titels gestellte und so klar redende Stelle des Paulus müsse im Sinne des Justinianischen Rechts als ein blos historisches Fragment angesehen werden.

Mit diesen bisher entwickelten Ansichten ist denn auch gewiß in keinem Widerstreit die von Savigny so sehr hervorgehobene, schon oben mitgetheilte, l. 32. de O. et A. von Hermogenian, indem dort nichts weiter gesagt ist, als daß man nach der herrschend gewordenen Lehre dann, wenn aus einem Delikte mehrere Klagen hervorgingen, diese sämmtlich anstellen könne („omnibus *experiri* permitti"). Mit welchem Erfolge sie angestellt werden dürften, ob man mit beiden das Ganze, oder ob man mit der zweiten nur das Mehr, was durch die erste noch nicht erlangt ist, einfordere, das hat Hermogenian hier ganz unentschieden gelassen, und er mußte dies auch bei seinem allgemeinen Ausspruch um so mehr thun, da ja nach unsrer obigen Ausführung darüber keineswegs blos eine Entscheidung Platz greift, sondern bald das Eine, bald das Andre angenommen werden muß. Diese Erklärung der l. 32. cit. ist denn auch schon von *Cujac.* l. c. aufgestellt, und von den meisten späteren Interpreten unbedenklich angenommen worden. Schwieriger ist jedenfalls die auch schon oben abgedruckte Modestinische l. 53. de O. et A. Daß die Worte: „plura delicta in una re" wirklich auf unsern Fall gehen, könnte zwar dem Wortsinn nach bezweifelt werden; verbindet man aber damit den von Modestin damit verglichenen Fall: „si ex una obligatione plures actiones nascuntur", so muß man doch wohl zugestehen, daß hier allerdings davon die Rede ist, wenn durch eine widerrechtliche Handlung mehrere Pönalklagen begründet sind; und da erscheint es denn allerdings nicht ganz unwahrscheinlich, daß Modestinus andrer Meinung gewesen, wie Paulus, und eine Nachforderung mit der größeren Klage nicht zugelassen habe. Doch aber ist auch noch die andre Auslegung möglich, daß durch die Worte: „Sed non posse omnibus uti" nur der volle Effekt der mehreren Klagen in Abrede gestellt sein soll, und Modestin's Ausdrucksweise läßt sich auch ganz gut entschuldigen, wenn man erwägt, daß auch wirklich in den bei Weitem meisten Fällen nur eine Klage mit Effekt gebraucht werden kann, nämlich überall, wenn keine der mehreren Klagen auf ein Mehr geht, als die andre, und außerdem, wenn der Kläger mit einiger Umsicht gehandelt und die größere Klage gleich von Anfang gebraucht hat. Zu dieser möglichen Auslegung sind wir aber im Sinne des Justinianischen Rechts gezwungen, da wir ohnedies zu einem Resultate kommen würden, welches geradezu und ganz bestimmt in der l. 34. de O. et A. verworfen worden ist.

IV. Von den Subjekten der obligatio.

1) Ursprüngliche Subjekte — insbesondre von der Korreal-Obligation. §. 573.

Inst. III. 16. (17) de duobus reis stipulandi et promittendi, Dig. XLV. 2. de duobus reis constituendis, Cod. VIII. 40. de duobus reis stipulandi et promittendi, Nov. 99. — *Donell.*, tract. de duobus reis, in opp. IX. p. 1255 sqq., *Ronchegalli*, tract. de duobus reis constituendis. Lugd. 1559. Marp. 1622, *Becher*, de natura et indole correalis obligationis. Rost. 1759, Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831, Savigny I. S. 136 fgg., Kuntze, die Obligat. S. 115 fgg. (vgl. Denf. zu Holzschuher III. S. 111 fgg.), v. Helmolt, die Korreal-Obligationen. Gieß. 1857, *Demangeat*, des obligations solidaires en droit Rom.; comm. du titre de duobus reis au Digeste. Par. 1858, Fitting, die Natur der Korr. Oblig. Erl. 1859, Samhaber, zur Lehre von der Korrealoblig. Erl. 1861, *van Weel*, de Leer der solidaire of hoofdelijke Verbindtenissen. Leyden 1863. (556 Seiten!), Baron, die Gesammtrechtsverh. Marb. 1864. S. 205 fgg., Fritz in Gieß. Zeitschr. N. F. XVII. S. 145 fgg., XVIII. S. 355 fgg., XIX. S. 55 fgg., XXII. S. 451 fgg., Siebenhaar, Korrealoblig. nach röm. gem. und sächs. Rechte. Erste Abth.: röm. Recht. Leipz. 1867, — Windscheid, krit. Ueberschau VI. S. 209 fgg., Derf., krit. Vierteljahrsschr. III. S. 161 fgg. (über Samhaber), Dworzak, krit. Ueberschau IV. S. 57 fgg. (über Kuntze), Derf. in Haimerl's östr. Vierteljahrsschr. VIII. H. 2. (über Samhaber; auch besf. abgedruckt unter dem Titel: zur Lehre v. d. Korrealobl. Wien 1861), Zimmermann in Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 156 fgg. (über Helmolt), Stintzing, krit. Vierteljahrsschr. I. S. 509 fgg. (über Girtanner und Fitting), Goldschmidt in sein. Zeitschr. für Handelsr. S. 267 fgg. (über Fitting). Vergl. auch Appelius im ziv. Arch. XVI. S. 280 fgg., v. Schröter in der Gießer Zeitschr. VI. 12, Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 162 fgg., Huschke in G. Z. N. F. IV. S. 402 fgg., Girtanner, Bürgschaft S. 74 fgg. S. 397 fgg., Derf., Stipulat. S. 254 fgg., *Rückert*, de except. quam vocant divisionis. Gott. 1852. p. 3 sqq., Derf. in Gieß. Zeitschr. N. F.

XII. S. 1 fgg., *Dedekind*, de exc. divis. Gott. 1853. p. 1 sqq., Brinz, krit. Blätter. Nr. 4. S. 2 fgg., Bekker, die prozeſſ. Konſumtion. S. 214 fgg. — Koch II. S. 5 fgg., Unterholzner I. S. 173 fgg., Heimbach a. a. O. S. 447 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. II. §. 89, *Molitor* III. p. 403 sqq., Windſcheid, Lehrb. II. §. 292 fgg.

1) Pr. §. 1. J. h. t.: Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: *spondeo*, utputa quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* respondeant singuli separatim: *spondeo.* (§. 1). Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, et omnes liberat.

2) *Papinian.* l. 116. de V. O.: Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire; sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit; igitur nec Titio convento Maevius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est; et solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tenebatur, quum conditio stipulationis deficit; nec Maevius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri; a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur.

3) *Ulpian.* l. 3. §. 1. h. t.: Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti, hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus; utique enim, quum una sit obligatio, una et summa

est, ut sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.

4) *Ulpian.* l. 5. de fidej. et mand. (46, 1): ——— Refert autem [Julianus] haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres reo stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Anm. 1. In augenscheinlichem Gegensatz zu den Fällen, in denen Mehrere bei einem Obligations-Verhältniß so betheiligt sind, daß der einzelne Schuldner blos pro rata haftet, oder der einzelne Gläubiger blos pro rata berechtigt ist, und auf der andren Seite zu den Fällen andrer Art, in denen umgekehrt die Betheiligung Mehrerer so vorkommt, daß dieselbe ganze Leistung so vielmal gefordert werden kann, als Schuldner oder Gläubiger vorhanden sind, kommt im römischen Rechte eine Reihe von Fällen vor, in denen mehrere Subjekte aktiv oder passiv so bei einer obligatio zusammen treffen, daß zwar Jeder der mehreren Schuldner für das Ganze haftet, und Jeder der mehreren Gläubiger das Ganze zu fordern berechtigt ist, aber überall doch nur eine Zahlung verlangt werden kann, so daß mit der Leistung von Einem Schuldner oder an Einen Gläubiger das ganze obligatorische Verhältniß erlöscht. Alle Fälle dieser Art pflegte man bis in die neuere Zeit unter dem Namen der Korreal-Obligation zusammen zu fassen, und als das gemeinschaftliche Merkmal aller dieser Fälle im Gegensatze zu den vorher berührten nahm man an, daß hier nur eine einzige Obligation mit einer Mehrheit von Subjekten zu Grunde liege, während dagegen dort so viele Obligationen als Subjekte angenommen werden müßten. Wenn auch schon bei manchen älteren Juristen, wie namentlich bei Cujacius, Donellus und A. Faber (vgl. die Nachweisungen bei Ribbentrop a. a. O. S. 8. und in den Zusätzen und Berichtigungen zu dieser Stelle am Ende des Buchs) eine Ahnung davon vorkommt, daß die allgemeine Begriffsbestimmung nicht für alle Fälle dieser Art passend sei, sondern mehrere Klassen derselben unterschieden werden müßten: so ist dies doch erst durch die scharfsinnigen Ausführungen Keller's, Lit. Kont. §. 49. §. 52 fgg. und besonders Ribbentrop's in der oben angef. Schrift in vollere Klarheit gesetzt, und in's Einzelne durchgeführt werden. Seitdem ist man fast allgemein zu der Einsicht gelangt, daß unter den Fällen, die man früher allgemein unter dem Namen der Korreal-Obligation zusammen zu fassen und unter dieselben Prinzipien zu stellen pflegte, mehrere Klassen scharf unterschieden werden müssen; und diese Unterscheidung beruht nicht etwa blos auf einer unpraktischen Spaltung der Begriffe, sondern

sie bringt wichtige Folgen hervor. Es müssen nämlich die reinen Korreal-Obligationen, die blos solidarischen Verbindlichkeiten, und die *obligationes individuae* wohl von einander unterschieden werden.

I. Bei der reinen Korreal-Obligation, und nur bei ihr, ist es richtig, was man früher als das generelle Merkmal aller jener Fälle aufzufassen pflegte, daß nämlich trotz der Mehrheit der dabei betheiligten Subjekte eine einzige Obligation vorhanden ist. Es ist, wie man jetzt seit Keller, Lit. Kont. und Urth. S. 443 fgg. und Ribbentrop S. 23 fgg. es auszudrücken pflegt, „ihrem objektiven Bestande nach" nur eine einzige Obligation vorhanden, welche ungetheilt (in solidum) auf mehrere Subjekte — Schuldner oder Gläubiger — bezogen wird. Jeder der mehreren Schuldner oder Gläubiger steht demnach hier in demselben Verhältniß zu der obligatio, wie wenn er der einzige Schuldner oder Gläubiger wäre, aber Jeder nur alternativ, und es findet also bei der Korreal-Obligation ein ganz ähnliches Verhältniß in subjektiver Beziehung Statt, wie es uns bei der alternativen Obligation in objektiver Beziehung entgegentritt; vgl. auch Girtanner, Fitting, Stintzing, Goldschmidt a. d. aa. OO. (welche nur darin m. E. zu weit gehen, daß sie die Korr. Obl. nicht blos mit der alternativen vergleichen — was vollkommen richtig und nicht ohne praktischen Werth ist —, sondern vielmehr Begriff und Wesen der Korr. Obl. darein setzen, daß es eine subjektiv-alternative Obligation sei, und daraus die ganze Theorie derselben konstruiren wollen; vgl. dagegen Windscheid, Vierteljahrsschr. S. 164 fgg., Samhaber S. 125 fgg., Dworzak S. 16 fgg.). Diese trotz der Mehrheit der Subjekte vorhandene Identität der Obligationen wird denn auch in den Quellen mehrfach hervorgehoben. So wird z. B. in T. 1. von Justinian das Nichtvorhandensein einer Korreal-Obligation so bezeichnet, daß da „*alia atque alia* obligatio" begründet sei; so charakterisirt Papinian in T. 2. mehrere Korreal-Schuldner als „duo rei *ejusdem obligationis*", und Ulpian in T. 3. sagt geradezu von einer Korreal-Obligation: „quum *una sit obligatio*, una et summa est"; vgl. auch l. 71. de fidej. (46, 1): „duo rei *ejusdem debiti*", l. 34. §. 1. de solut. (46, 3): „*obligatio communis*", l. 16. de accept. (46, 3): „ex duobus pluribusque *ejusdem obligationis* participibus" u. s. w. Es zeigt sich aber diese Identität der Obligation auch augenscheinlich in der Rechtsform, in welcher bei den Römern eine Korreal-Obligation begründet zu werden pflegte (s. Anm. 2), und vorzugsweise tritt dieselbe in einer Reihe von Rechtssätzen hervor, die nur unter Voraussetzung derselben zivilistisch konstruirt werden können. So gilt z. B. für die reine Korreal-Obligation die Regel, daß nicht etwa blos die Zahlung, sondern daß alle Ereignisse, welche die obligatio in ihrem objektiven Bestande aufheben, wenn dieselben auch nur in der Person eines correus eintreten, das ganze obligatorische Verhältniß auch für alle übrigen correi zerstören (s. Anm. 5). So schadet das positive Vergehen, dessen sich ein correus gegen die gemeinsame Obligation schuldig macht, und wodurch der Inhalt derselben modifizirt wird, auch den übrigen correis, l. 18. h. t.:

„Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet",

vgl. Ribbentrop S. 28 fgg. und die dort in Not. 8. Zitt., Rückert in Gieß. Zeitschr. a. a. O. S. 19 fgg., Wirth im ziv. Arch. XXXIX. S. 123 fgg., *Demangeat* p. 374 suiv., Samhaber S. 102 fgg. (ganz abweichende Erklärungen s. bei Wolff, Mora S. 191 fgg., Girtanner, Bürgsch. S. 407 fgg., Fritz XIX. S. 80 fgg., Baron S. 285 fgg., Siebenhaar S. 121 fgg., und eben so überflüssige als haltlose Textveränderungen finden sich bei Kuntze S. 155, Bekker in sein. und Muther's Jahrb. III. S. 123 fgg. und Fitting S. 81. Not. 96), und so wirkt endlich bei einer wahren Korreal-Oblig. die Unterbrechung der Verjährung, die von Seiten eines der correi credendi ausgeht, auch für alle übrigen Korrealgläubiger, und eben so äußert auch die Interruption, die in der Person eines der correi debendi geschieht, ihre Wirkung auf alle übrigen Korrealschuldner, „cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit", l. ult. C. h. t. — Obwohl es nun hiernach nicht wohl bezweifelt werden kann, daß bei der Korreal-Obligation wirklich nur eine einzige obligatio vorhanden ist, so ist dabei doch auch die solidarische Beziehung derselben auf mehrere Subjekte wohl zu berücksichtigen, denn unbeschadet der Einheit der Obligation kann es doch vorkommen, daß bei den mehreren Schuldnern oder mehreren Gläubigern nicht gerade dieselbe subjektive Beziehung vorhanden ist, sondern es kann diese von Anfang an verschieden sein, oder sich auch ex post verschieden gestalten. So kann, wenn man den objektiven Bestand und die subjektive Beziehung der obligatio gehörig unterscheidet, es nicht auffallend sein, daß z. B. der eine correus pure, der andre sub conditione (§. 2. J. h. t., l. 7, l. 9. §. 2. h. t.), der Eine principaliter, der Andre accessorisch berechtigt oder verpflichtet ist (in welcher letzten Beziehung an das Verhältniß des Hauptschuldners und des Bürgen, und an das Verhältniß des stipulator und adstipulator zu erinnern ist, bei welchen trotz der verschiedenen subjektiven Stellung der mehreren Obligations-Interessenten doch durchaus nur eine einzige Obligation zu Grunde liegt [*„eadem obligatione tenentur"*, l. 1. §. 8. de O. et A.], und eine wahre Korreal-Obligation angenommen werden muß, vgl. Samhaber S. 170 fgg. und die dort in Not. 29. zahlreich Zitt.; s. jedoch auch wieder Baron S. 261 fgg.). So muß es ferner ganz konsequent erscheinen, daß durch Ereignisse, welche nur die Betheiligung des einen correus an der gemeinschaftlichen Obligation aufheben, ohne den objektiven Bestand der obligatio zu berühren, auch nur ein Heraustreten dieses einen correus aus der gemeinsamen Obligation, aber nicht ein Erlöschen der Obligation selbst herbeigeführt wird, „multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur", l. ult. h. t. (s. Anm. 5), und mit dieser Unterscheidung zwischen dem objektiven Bestand und der blos subjektiven Beziehung hängt es auch ganz natürlich zusammen, daß dadurch, daß der eine correus in eine mora versetzt wird, nicht auch den andren correus die Strafen des Verzugs treffen, l. 32. §. 4. de usur. (22, 1), l. 73. de R. J., Ribbentrop S. 28 fgg., und daß, wenn ein correus den andren beerbt, keine confusio angenommen wird, sondern noch fortwährend in der Person der Erben die eigne und die ererbte Obligation unterschieden werden, L. 4. verb. mit l. 13. h. t., l. 93. de solut. (46, 3). Und daraus, daß man hiernach in subjektiver Beziehung gleichsam mehrere

Obligationen annehmen kann, vgl. l. 9. §. 2. h. t: „nam etsi maxime parem causam suscipiunt, *nihilo minus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio*“, erklärt es sich auch, daß die Römer, wenn sie nicht ganz scharf reden, auch wohl bei einer Korreal-Obligation von mehreren Obligationen der verschiedenen Theilnehmer sprechen, vgl. z. B. T. 1: „in *utraque* obligatione“, T. 4: „*duae* obligationes“, l. 15. h. t.: „*duas* obligationes“.

Aus diesen Erörterungen über das Wesen der Korreal-Obl. ergibt sich wohl schon von selbst der völlige Ungrund der Ansicht, welche Hasse, Beiträge zur Revision der bish. Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft. Kiel 1808. S. 47 fgg. beiläufig aufstellt, daß nämlich bei der passiven Korreal-Obligation zwar nur ein Recht, aber mehrere verschiedene Verbindlichkeiten, und bei der aktiven Korreal-Obligation zwar nur eine Verbindlichkeit, aber mehrere verschiedene Rechte angenommen werden müßten, vgl. dagegen auch Ribbentrop S. 18 fgg., und noch viel weniger kann es gebilligt werden, wenn Brackenhöft, Identität und Konnexität der Rechtsverh. S. 145. Not. und S. 150 fgg. zwischen der aktiven und passiven Korreal-Obligation in der Art unterscheiden will, daß zwar wohl bei der erstren nur eine Obligation anzunehmen sei, und die Korreal-Gläubiger gleichsam in einer Personal-Einheit ständen, bei der letztren (der passiven) aber allerdings mehrere verschiedene Obligationen statuirt werden müßten, woraus er dann namentlich folgert, daß zwar wohl bei der aktiven Korreal-Obligation Litiskontestation und Urtheil in der Person des einen Gläubigers auch für den andren wirksam seien, bei der passiven aber sich dieses anders verhalte. Schon aus dem gänzlichen Ungrunde dieser Folgerung, die später noch nachgewiesen werden soll (Anm. 5), geht hinreichend die Unhaltbarkeit dieser ganzen Unterscheidung hervor, für die sich auch kein genügender innerer Grund auffinden läßt, und die einem Jeden, der mit Unbefangenheit die Quellen liest, und die da überall hervortretende durchaus parallele Behandlung der aktiven und passiven Korreal-Obligation ins Auge faßt, als gänzlich verwerflich erscheinen muß. Zwar glaubt Brackenhöft namentlich in l. 5. de fidej. (T. 4) den von ihm angegebenen Gegensatz zwischen aktiver und passiver Korreal-Obligation gefunden zu haben, denn während der Jurist dann, wenn ein Korreal-Schuldner den andren beerbt, sagt: „*duas* obligationes sustinet“ (also zwei Obligationen) sage er von dem andren Falle, wenn ein Korreal-Gläubiger Erbe des andren geworden sei: „duas species obligati*onis* sustinebit“ (also nur eine Obligation in doppelter Beziehung). Wie wenig Gewicht aber auf diese verschiedene Ausdrucksweise zu legen ist, und wie beide Ausdrücke identisch im Sinne Julian's sind, geht aus den unmittelbar folgenden Worten hervor, wo derselbe gerade auch bei der aktiven Korreal-Obligatien von *duae* obligationes spricht; denn die Uebersetzung, welche Brackenhöft von diesen Worten gibt: „denn würde er hier mehrere Obligationen haben („haberet“), so würde ihre Natur die sein, daß wenn die eine in judicium deducirt, die andre damit consumirt wäre“, beruht doch augenscheinlich auf einem etwas argen Mißverständniß, und kann nur einiger Maßen durch die Vorliebe für die einmal gefaßte Idee erklärt werden.

II. Wesentlich verschieden von dieser Korreal-Obligation ist die blos solidarische Verbindlichkeit, die sich dadurch charakterisirt, daß dabei so viele

verschiedene Obligationen, als Subjekte vorkommen, daß aber dennoch der Gläubiger nur eine einmalige Leistung verlangen kann, und also durch die Befriedigung desselben durch Einen oder mehrere Schuldner auch die Befreiung der Uebrigen herbeigeführt wird. Dieses Letztre bringt nun freilich die solidarische Obligation der Korreal-Obligation sehr nahe, und die praktische Behandlung derselben ist daher in vielfachen Beziehungen dieselbe, vgl. auch l. 5. §. 15. commod. (13, 6): „*duo quodammodo rei habebuntur*", l. 45. de adm. et per tut. (26, 7): „— — *quasi duo rei ejusdem debiti essent*" (über welche letztre interessante Stelle noch bes. Ribbentrop S. 72 fgg. zu vergleichen ist): aber vor einer Identifizirung beider Obligationsarten muß man sich doch hüten, da auch wesentliche Verschiedenheiten angenommen werden müssen. So namentlich kann bei der solidarischen Verbindlichkeit nicht jedes Ereigniß, welches den objektiven Bestand der obligatio ergreift, das ganze Obligations-Verhältniß zerstören, sondern nur Zahlung oder anderweite Befriedigung des Gläubigers (s. Anm. 5), und eben so dürfen auch sicherlich bei der solidarischen Verbindlichkeit weder die Vorschriften der l. 18. h. t. noch der l. 5. C. h. t. (s. oben S. 62 fg.) in Anwendung gebracht werden, so wie denn auch in Betreff der dem zahlenden Schuldner zu gestattenden Regreßklage die verschiedene Natur der Korreal- und der solidarischen Verbindlichkeit scharf hervortritt (s. Anm. 3). —

Wenn jetzt Rückert a. d. aa. OO. zwar fast sämmtliche hier angedeuteten Verschiedenheiten zwischen der Korreal-Obligation und der blos solidarischen Verbindlichkeit einräumt, aber dennoch keinen prinzipiellen Unterschied zwischen beiden obligatorischen Verhältnißen statuiren, sondern die Eigenthümlichkeiten der Korreal-Obligation nicht aus einer Einheit der Obligation ableiten, sondern nur als Bestimmungen rein positiver Natur auffassen will, also als Singularitäten, zu denen der Gesetzgeber sich lediglich durch Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit habe bestimmen lassen: so dürfte dieser Angriff gegen die jetzt herrschende Lehre derselben wohl schwerlich sehr gefährlich werden. Er gründet sich nämlich im Wesentlichen nur auf die, m. E. ganz individuellen Ansichten Rückert's, daß „der objektive Bestand und die subjektive Beziehung Begriffe seien, welche in der Luft schwebten", und daß das Dogma von der Einheit der Obligation, worauf die jetzt herrschende Lehre die Theorie von der Korreal-Obligation zurückführe, nichts als eine gehaltlose Phrase sei, welcher „die Begriffe abgehen, und das deßhalb der Theorie einen sichern Boden nicht gewähren könne" (vgl. Zeitschr. a. a. O. S. 10. 13. 57). Auch Kuntze, Helmolt, Sintenis (in der zweiten Aufl. seines prakt. Zivilr.) und Siebenhaar bekämpfen energisch das Dogma von der Einheit der obligatio, ohne doch nach meinem Dafürhalten irgend entscheidende Gründe dagegen vorzubringen; s. auch dawider Zimmermann, Dworzak, Windscheid, Samhaber (S. 83 fgg.) a. d. aa. OO., vgl. auch Arndts, Lehrb. §. 213. Anm. 5, Windscheid, Lehrb. §. 293. Anm. 1. -- Zwar die Einheits-Theorie, aber mit mehrfachen eigenthümlichen Wendungen vertheidigen Brinz, Bekker und Baron a. d. aa. OO.; s darüber Windscheid, Ueberschau S. 227 fgg., Fitting S. 6 fgg., Dworzak S. 6 fgg. — Fritz endlich bekämpft nicht sowohl die Einheits-Theorie, als vielmehr die prinzipielle Unterscheidung zwischen Korr. Obl. und blos solidarischer Verbindlichkeit,

so daß er im Wesentlichen wieder zu den Anschauungen zurückkehrt, die vor den Ribbentrop'schen Untersuchungen die herrschenden waren.

III. Sowohl von der Korreal-, als von der solidarischen Obligation unterscheidet sich die *obligatio individua*, obwohl auch hierbei wegen der Untheilbarkeit des schuldigen Objekts ähnliche Erscheinungen, wie bei jenen, Platz greifen. Ich muß jedoch in dieser Beziehung auf die Ausführungen in §. 567. Anm. 2. zurück verweisen.

Anm. 2. Fragt man nach den Entstehungsgründen der Korreal- und der solidarischen Obligationen, so enthält das römische Recht in Betreff der Korreal-Obligationen, zu denen wir uns zunächst wenden, abgesehen von der angeblichen Entstehung durch rechtskräftiges Urtheil (vgl. Samhaber S. 166 fgg. und die dort zahlreich Zitt., Baron S. 260 fgg.), folgende wesentlichen Bestimmungen:

1) Die Korreal-Obligation entsteht vorzugsweise durch einen, auf Begründung derselben gerichteten Vertrag, welcher der Regel nach in der Form der Stipulation abgeschlossen wurde, und schon in seiner äußern Erscheinung auf die Einheit der zu begründenden Obligation hindeutete. Sollte nämlich eine aktive Korreal-Obligation begründet werden, so war es die Regel, daß erst beide Stipulatoren ihre Frage an den Schuldner richteten, und darauf dann der Schuldner Beiden zusammen antwortete. Nachdem also z. B. der Stipulator Gajus den Schuldner gefragt hat: spondesne mihi X dare? fragt sogleich auch der Stipulator Titius: spondesne mihi eosdem X dare? und darauf antwortet dann der Promissor auf beide Fragen zusammen: utrique vestrum X dare spondeo, vgl. T. 1. Handelte es sich aber um Begründung einer passiven Korreal-Obligation, so fragt der künftige Gläubiger erst beide Promissoren hinter einander: Maevi, X dare spondes? Sei, eosdem X dare spondes? oder auch so: Maevi et Sei, eosdem X dare spondetis? worauf dann entweder beide Promissoren zusammen mit: spondemus, oder jeder Einzelne mit: spondeo antwortete, T. 1. vgl. mit l. 4. h. t. Wenn aber auch diese Art der Korreal-Stipulation gewiß meistens angewendet wurde, um jede Mißdeutung zu verhüten, so war dies doch sicherlich nicht gerade nothwendig, sondern es konnte auch vorkommen, daß zuerst eine gewöhnliche Stipulation zwischen zwei Interessenten vollständig abgeschlossen wurde, und darauf ein Dritter durch Abschluß einer neuen stipulatio, in der dann nur bestimmt auf die Identität der obligatio hingewiesen wurde, jener schon begründeten obligatio hinzutrat, und zwar ist dies wohl nicht blos der Fall, wenn es auf Begründung einer accessorischen Korreal-Obligation — adpromissio oder adstipulatio — ankam (in welchen Fällen die Trennung der mehreren Stipulationen die durchgreifende Regel bildet), sondern gewiß wohl auch, wenn der Dritte als prinzipaler correus promittendi oder stipulandi hinzutreten wollte, nur daß hier durch irgend eine Wendung bei der zweiten Stipulation der Gedanke an eine bloße adpromissio oder adstipulatio ausgeschlossen werden mußte. Zwar leugnet dies Liebe, Stipul. S. 215 fgg., indem derselbe ausschließlich bei der accessorischen Korreal-Obligation mehrere der Zeit nach auf einander folgende Stipulationen zulassen will, und auch Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 413 fgg. hält Einheit

des Kontrakts für die wesentliche Voraussetzung der Korreal-Obligation, vgl. auch Kuntze S. 165 fgg., *Demangeat* p. 103 suiv., Fritz XVIII. S. 363 fgg., und, wenigstens für die aktive K. O. auch Baron S. 254 fgg.; aber meiner Ueberzeugung nach geht das Gegentheil entschieden aus l. 3. pr. h. t. hervor:

> *Ulpian.* „In duobus reis promittendi frustra timetur novatio, nam licet ante prior responderit, posterior etsi *ex intervallo accipiatur*, consequens est dicere, *pristinam* obligationem durare, et *sequentem* accedere, et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, *quum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur*, neque ulla novatio fiat",

und darauf hin deuten auch l. 7. 9. §. 2. h. t., l. 7. §. 1. de auct. et cons. tutor. (26, 8); vgl. auch Ribbentrop S. 113 fgg., Buchka, Einfluß des Proz. auf das mater. Rechtsverh. I. S. 105 fgg., Fitting S. 87 fgg. Not. 101, Samhaber S. 84. Not. 7, Windscheid, Lehrb. §. 297. Anm. 3. — Uebrigens kann auch schon nach römischem Rechte eine echte Korreal-Obligation nicht ausschließlich durch Stipulation, sondern auch durch bloße Nebenverabredung bei contractus bonae fidei abgeschlossen werden, l. 9. h. t.:

> *Papinian.* „Eandem rem apud duos pariter deposui, *utriusque fidem in solidum secutus*, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: Titius et Maevius Sempronio X dato",

vgl. Ribbentr. S. 119 fgg., Savigny S. 153 fgg., Kuntze S. 169 fgg., Siebenhaar S. 92 fgg., und h. zu T. ist jedenfalls jeder Vertrag vollkommen hinreichend, wenn nur die Absicht der Partheien, eine Korreal-Obligation zu begründen, mit Sicherheit daraus hervorgeht. Wenn nämlich öfter gelehrt wird, daß nach Justinian's Verordnung in Nov. 99. c. 1. eine Korreal-Obligation nicht mehr anders angenommen werden könne, als wenn die Schuldner mit ausdrücklichen Worten erklärt hätten, daß Jeder für das Ganze einstehen wolle, so beruht dies auf einer irrigen Auslegung jenes vielbesprochenen Gesetzes, wovon aber erst in der Anm. 4. näher die Rede sein kann.

2) Die zweite Entstehungsart der Korreal-Oblig. ist das Testament, und zwar entsteht eine passive Korreal-Obl. schon dadurch, daß der Erblasser alternativ den Einen oder Andren seiner Erben mit einem Legate belastet, l. 8. §. 1. de legat. I, l. 25. de legat. III. Daß dieses auch dann der Fall gewesen sei, wenn der Erblasser gesagt habe: Titius *et* Maevius Sempronio X dato, wie in der vorher abgedruckten l. 9. pr. h. t. steht, ist schwer zu glauben, und man muß daher wohl gewiß mit Cujac. Statt *et* lesen *aut*, vgl. oben Bd. II. §. 521. Anm. 3. a. E. — Um eine aktive Korreal-Obl. zu begründen, genügt aber eine alternative Fassung des Legats nicht, da nach Justinian's wunderlicher Entscheidung in l. 4. C. de V. S. (6, 38) das Vermächtniß in einem solchen Falle getheilt wird (Fitting S. 151 fgg. Not. 179). Der Testator muß also hier seinen Willen, eine Korreal-Obligation zu begründen,

ſpezieller ausſprechen. Vgl. Ribbentr. S. 42 fgg. S. 117 fgg., Savigny S. 157 fgg., Baron S. 256 fgg., Fritz XXII. S. 456 fgg., Siebenhaar S. 113 fgg.

3) Eine Korreal-Obl. entſteht auch in den Fällen der actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, exercitoria und institoria, indem auch bei ihnen eine wahre Identität der Obligation des Vaters oder des Mandanten mit der des Sohnes oder Mandatarius begründet iſt, weßhalb denn hier auch weſentlich dieſelben Erſcheinungen ſich zeigen, wie bei der Korreal-Obl., namentlich in Betreff der prozeſſualiſchen Konſumtion, vgl. oben Bd. I. §. 173. Anm. a. E. Zwar kommen in dieſen, durch das prätoriſche Edikt begründeten Fällen die für Korreal-Obligationen techniſchen Ausdrücke duo rei promittendi etc. in unſren Quellen nicht vor, aber beßungeachtet darf nicht bezweifelt werden, daß die mehreren Schuldner der Sache nach wirklich wie Korrealſchuldner aufgefaßt werden müſſen; vgl. auch Savigny S. 209 fgg., welcher zwar dieſe Fälle zu den von ihm ſ. g. unechten Fällen des Korrealverhältniſſes zählt, aber doch zugibt, daß ſie in allen weſentlichen Punkten als echte Korreal-Obligationen zu behandeln ſind, ſ. auch Brinz cit. S. 13 fg. S. 24 fg., Samhaber S. 176 fgg., während Baron S. 262 fgg. jetzt wieder a. M. iſt. — Da übrigens hierbei die Obligation des exercitor u. ſ. w. identiſch iſt mit der des magister, ſo muß auch begreiflich die Obligation mehrer Exerzitoren, welche ein Schiff gemeinſchaftlich ausgerüſtet und einen magister darüber angeordnet haben, unter einander identiſch ſein — denn gegen Jeden der mehreren Exerzitoren wird ja nur eine und dieſelbe obligatio des Magiſters geltend gemacht —, und es müſſen alſo auch mehrere Exerzitoren unter einander nicht, wie z. B. noch v. Schröter a. a. O. S. 414, Mühlenbruch, Lehrb. §. 491, Puchta §. 223. u. A. m. annehmen, als blos ſolidariſch Verpflichtete, ſondern vielmehr wie Korrealſchuldner behandelt werden; ſ. auch Brinz a. a. O. S. 13 fgg.

4) Wenn durch einen gemeinſchaftlichen Sklaven oder durch ein gemeinſchaftliches Thier ein ſolcher Schaden zugefügt wird, daß daraus eine Noxalklage entſteht, ſo haften die Miteigenthümer wie Korrealſchuldner, und auch dann, wenn ein Nichteigenthümer auf eine an ihn gerichtete interrogatio in jure ſich als Eigenthümer des delinquirenden Sklaven oder Thieres bekannt hat, tritt eine Art von Korreal-Verhältniß zwiſchen dem wahren Eigenthümer und dem Nichteigenthümer ein, l. 1. §. 14. 15. si quadrup. pauper. (9, 1), l. 8. de nox. act. (9, 4), l. 7. 8. 14. pr., l. 20. pr. de interrog. in jure (11, 1). — Mit jenem Falle der reinen Noxalklage iſt aber ungeachtet der Gegenbemerkungen von Buchka, Einfluß des Proz. I. S. 114 fgg. nicht der andre zu verwechſeln, wenn einer der Miteigenthümer des delinquirenden Sklaven *conscius* iſt, denn hier iſt nicht blos, wie dort, eine einzige Obligation der mehreren Eigenthümer ex persona servi vorhanden, ſondern in der Perſon des conscius iſt noch durch ſein eignes Faktum eine beſondre Obligation begründet, woraus ſich von ſelbſt die Entſcheidungen in l. 5. pr., l. 17. pr. de nox. act. (9, 4) erklären, vgl. Ribbentr. S. 243 fgg., Brinz S. 14 fgg.

5) Mehrere Argentarien, welche ihr Gewerbe gemeinſchaftlich betreiben, gelten in Betreff aller, auf ihr Gewerbe Bezug habenden Geſchäfte, mögen die-

selben gemeinschaftlich oder von einem Einzelnen abgeschlossen sein, wie correi stipulandi oder promittendi, Auct. ad Herenn. II. 13, l. 9. pr., l. 25. pr., l. 27. pr. de pact. (2, 14), l. 34. pr. de recept. (4, 8), vgl. Savigny S. 149 fgg., Salpius, Delegat. S. 97 fgg.

6) Endlich kann auch gewissermaßen in einem Falle wegen Untheilbarkeit des Objekts eine Korreal-Obl. angenommen werden, worüber schon zu §. 567. das Nöthige bemerkt ist, siehe oben S. 15.

Dies sind die Fälle, in denen das römische Recht erweislich eine einzige obligatio mit mehrfacher subjektiver Beziehung, also eine Korreal-Obl. statuirt, während dagegen in den andren Fällen, die man früher noch hierher zu zählen pflegte, der richtigeren Ansicht nach eine Mehrheit von Obligationen begründet ist, und die mehreren Schuldner also nicht als correi debendi, sondern blos solidarisch haften. Ueber die innern Gründe dieser Unterscheidung zwischen Korr. Obl. und bloser solidarischer Verbindlichkeit sind die Ansichten sehr von einander abweichend, vgl. darüber die übersichtliche Darstellung von Samhaber S. 145 fgg. Das am Meisten in die Augen fallende äußere Kriterium für die Fälle der zweiten Klasse ist das, daß dabei keine prozessualische Konsumtion eintritt — eben weil ja durch den Rechtsstreit gegen den Einen Schuldner nicht auch die obligatio der Andren in judicium deduzirt wird, was begreiflich bei der reinen Korreal-Obl. sich anders verhält —, sondern daß die übrigen Schuldner nur erst dann befreit werden, wenn einer von ihnen wirklich den Gläubiger befriedigt hat. Es ist aber namentlich eine derartige blos solidarische Verbindlichkeit begründet:

1) wenn Mehrere zusammen ein Delikt verübt haben, und deßhalb solidarisch zum Schadensersatz verpflichtet sind, vgl. l. 1. §. 4. de eo, per quem fact. (2, 10), l. 14. §. 15, l. 15. quod met. causa (4, 2), l. 17. pr. de dolo (4, 3), l. 5. de nox. act. (9, 4), l. 3. si mensor fals. mod. (11, 6), l. 1. de cond. furt. (13, 1), l. 7. §. 4. quod falso tut. (27, 6), l. 1. §. 13. de vi (43, 16), in welchen sämmtlichen Stellen für eine Reihe der verschiedenartigsten Delikte derselbe Grundsatz anerkannt wird, daß erst durch die Befriedigung von Seiten eines der Theilnehmer die übrigen Deliktsschuldner liberirt werden. Ueber die scheinbar widerstreitende l. 15. §. 2. quod vi aut clam (43, 24) vgl. Ribbentr. S. 95 fgg. (Eine wahre Korreal-Obl. nimmt jetzt in diesen Fällen wieder an Fritz XXII. S. 490 fgg.).

2) Dasselbe tritt ein bei dem Verhältniß mehrerer Kontutoren, sofern nur einem Jeden von ihnen eine culpa vorgeworfen werden kann, l. 1. §. 43. depos. (16, 3), l. 18. §. 1, l. 42. de adm. tut. (26, 7), l. 1. §. 13, l. 15. 21. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 2. C. de contr. jud. tut. (5, 58), vgl. Ribbentr. S. 44 fgg., Rudorff, R. d. Vorm. III. S. 22 fgg., Savigny S. 206 fgg. Wenn in manchen Stellen Ausdrücke gebraucht werden, die auf die eigentliche Korreal-Obl. hinzuweisen scheinen, z. B. l. 38. de adm. tut. (26, 7): *„ut ejusdem pecuniae debitores“*, l 45. eod.: *„quasi duo rei ejusdem debiti“*, so soll damit nichts als eine, in vielen Beziehungen auch wirklich zutreffende, Aehnlichkeit mit der Korreal-Obl. angedeutet werden. Auch hier statuirt jetzt Fritz S. 487 fgg. wieder eine wahre Korreal-Obligation.

3) Was von mehreren Mitvormündern, gilt auch ganz so von mehreren Magistraten, deren Verhältniß unter einander öfter mit dem der mehreren Vormünder zusammengestellt wird, vgl. z. B. l. 45. de adm. tut. (26, 7), wie es denn auch wirklich mit demselben in allen wesentlichen Punkten die unverkennbarste Aehnlichkeit hat.

4) Hierher gehört auch der Fall, wenn Mehrere zwar gemeinschaftlich, aber ohne sich durch ein pactum adjectum zu Korrealschuldnern zu machen, einen Vertrag abschließen, und sich dann eines Vergehens gegen die übernommene Verbindlichkeit schuldig machen. So haften also z. B. blos solidarisch, aber nicht correaliter mehrere Mandatare, welche zusammen die Besorgung eines Geschäfts übernommen haben, und dasselbe gar nicht oder schlecht besorgen, l. 60. §. 2. mandati (17, 1), mehrere Depositare, welche die deponirte Sache unterschlagen haben, l. 1. §. 43. depos. (16, 3) [„non enim electione, sed *solutione* liberantur"], und eben so auch mehrere Kommodatare und Miether, denen eine culpa oder diligentiae omissio vorgeworfen werden kann, l. 5. §. 15. commod. (13 ,6) [„si alter conventus *praestiterit*, liberabit alterum"], Ribbentrop S. 121 fgg., Savigny S. 203 fgg., Brinz S. 44 fg. vgl. mit Fitting S. 230 fgg. Not. 253, Siebenhaar S. 96 fgg. — Uebrigens entsteht aus solchen gemeinschaftlichen Verträgen nur eine solidarische Verpflichtung, nicht aber auch ein solidarisches Recht, und mehrere Deponenten, Verpachter u. dgl. sind überall blos pro rata berechtigt, und auch, wenn eine theilweise Restitution aus faktischen Gründen unzulässig ist, so kann der Einzelne doch nur gegen genügende Kaution die Herausgabe des ganzen Objekts erzwingen, vgl. l. 1. §. 36, l. 14. pr. l. 17. pr. depos. (16, 3). — Auch in diesen Fällen soll nach Fritz S. 473 fgg. eine wahre Korreal-Obl. Statt finden.

5) Auch mehrere Mandatoren haften solidarisch, indem der Gläubiger dann, wenn er von dem Schuldner nicht befriedigt wird, die actio mandati contraria gegen Jeden in solidum anstellen kann, und „absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur *pecunia soluta*", l. 52. §. 3. de fidejuss. (46, 1).

6) Endlich tritt auch bei der s. g. actio de effusis et dejectis ein blos solidarisches Haften mehrerer Bewohner desselben Zimmers ein, l. 1. §. 10, l. 2. §. 4. de his qui effud. (9, 3): „caeteri liberantur *perceptione*, *non litis contestatione*".

Anm. 3. Ob bei der passiven Korreal-Obl. derjenige, welcher das Ganze bezahlte, eine Regreßklage gegen die übrigen Korrealschuldner habe, war schon unter den Glossatoren bestritten, vgl. Gloss. ad l. 2. C. de duob. reis, und auch unter den späteren Juristen herrschte darüber viel Streit, obwohl doch von jeher die Mehrzahl der Theoretiker sich für die Ansicht des Bulgarus erklärte, daß dem zahlenden correus als solchem schlechthin keine Regreßklage zustehe, sondern dazu stets besondere Gründe erforderlich seien, vgl. die Nachweisungen bei v. Schröter S. 415 fgg. Freilich hat auch die entgegengesetzte, anscheinend billigere Meinung nicht selten Eingang in der Praxis und bei praktischen Schriftstellern gefunden, vgl. Glück IV. S. 528. und die dort in Not. 92. Zitt., und noch neuerlich hat W. Sell in Gießer Zeitschr. III. S. 370 fgg.,

IV. S. 17 fgg. in ausführlicher Darstellung dieselbe auch theoretisch zu begründen versucht, vgl. auch dessen Versuche Th. I. S. 116. Not. 2. und Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis Bd. I. S. 79 fgg., aber beßungeachtet hat sich auch h. z. T. die fast einstimmige Meinung unsrer Rechtslehrer bestimmt gegen die Zulässigkeit einer Regreßklage ausgesprochen, vgl. z. B. Thibaut, Syst. (8. Aufl.) §. 138, Schweppe, Handb. §. 374, v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 207, Seuffert, Lehrb. 228, Valett, Lehrb. §. 451, Mühlenbruch §. 492, *Heimberger*, jus rom. priv. §. 459, *Warnkoenig*, comm. jur. rom. §. 542, Puchta, Lehrb. §. 235, Roßhirt, das gem. Zivilr. §. 374, Göschen, Vorles. §. 374, Sintenis II. S. 136 fg. Not. 40, Arndts §. 213. — Rubo, über Theilbark. S. 112. Not., Mühlenbruch, Zession S. 468, Braun, Erörtr. zu Thib. S. 245, Bucher, das Recht der Fordr. §. 117, Unterh. §. 91. a. E. 534. (Bd. I. S. 186, Bd. II. S. 400 fgg.), Koch II. S. 30, Heimbach a. a. O. S. 449. S. 456 fg., *Molitor* cit. III. p. 416 sqq., und diese herrschende Lehre ist denn auch in ausführlichen, besonders gegen Sell gerichteten Abhandlungen vertheidigt worden von v. Schröter in der Gießer Zeitschr. VI. S. 415 fgg. und später von Habicht, rechtl. Erörtr. und Entscheidungen gemeinrechtl. Kontroversen Bd I. Zerbst 1843. S. 1 fgg., aus welchem letztren Aufsatz (S. 76 fgg.) wir auch erfahren, daß die Praxis des Oberappellat. Gerichts zu Zerbst sich völlig dieser herrschenden Theorie anschließt. In der That läßt sich wohl auch bei genauerer Betrachtung an der Richtigkeit dieser Theorie nicht wohl zweifeln, und zwar dürfte es dabei wesentlich auf folgende Punkte ankommen:

1) Für diese Ansicht spricht schon von vorne herein das Wesen der Korreal-Obl. und auch die angebliche Billigkeit, worauf sich die Gegner besonders berufen, ist in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden; denn daß die Uebrigen durch die Zahlung des Einen befreit werden, kann doch gewiß für den, welcher nichts als seine Schuldigkeit gethan hat, auch nach der bloßen Billigkeit keinen Anspruch auf Entschädigung begründen, und wenn man hierher noch besonders die Natur der actio negotior. gestorum *utilis* gezogen hat, so übersah man, daß diese Klage selbst in ihrer weitesten Ausdehnung doch immer ein Handeln in einer fremden oder gemeinschaftlichen Angelegenheit voraussetzt, was doch bei der Korreal-Obl. nicht Statt findet. Denn hier erfüllt der Korreus durchaus nur seine obligatio, und nicht etwa zugleich auch eine selbständige fremde, indem ja überhaupt nur eine Obligation vorhanden ist.

2) Dies aus dem Wesen der Korreal-Obl. sich schon von selbst ergebende Resultat wird auch vollkommen durch unsere Gesetze bestätigt, und zwar ist die Hauptstelle die von Sell nicht beachtete l. 62 pr. ad leg. Falcid. (35, 2):

> *Ulpian.* „In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent, vel promisissent: quodsi societas inter eos nulla fuerit, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi",

denn hier liegt ganz unverkennbar der Gedanke zu Grunde, daß, wenn keine

Sozietät unter den correi credendi oder debendi vorhanden ist, Keiner der Erstren das, was er empfängt, den Andren mittheilen muß, und Keiner der Letztren für dasjenige Ersatz fordern darf, was er bezahlt hat. Dies bestätigt sich denn auch vollkommen durch *Gai.* III. 122, §. 4. J. de fidej. (3, 20), l. 39. de fidej. (46, 1), l. 11. C. eod. (8, 41), wonach der zahlende Fidejussor durchaus keine Klage auf theilweisen Ersatz gegen seine Mitbürgen (also gegen die andren Korrealschuldner) hat, wenn er sich nicht etwa vom Gläubiger die Klagen hat zediren lassen.

3) Für die gegnerische Meinung hat man sich aber von jeher besonders auf die l. 2. C. h. t. berufen:

> *Dioclet.* et *Maximian.* A. A. Diogeni. „Creditor prohiberi non potest exigere debitum, quum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit, et ideo si probaveris, te conventum in solidum exsolvisse, *rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur*".

Freilich möchte es kaum angehen, dieses Reskript gerade nur von dem Falle verstehen zu wollen, wenn die Korrealschuldner in einem Sozietätsnexus stehen, wie dies nach dem Vorgange vieler Andren besonders Habicht a. a. O. S. 36 fgg. vertheidigt hat (vgl. auch die dort S. 65. zahlreich Zitt.); denn auch abgesehen davon, daß unter dieser Voraussetzung das Resultat der Stelle so trivial sein würde, daß man sich kaum eine beßfallsige Anfrage an den Kaiser als möglich denken kann, so ist es jedenfalls willkürlich, das *communiter* gerade auf eine vorhandene Sozietät zu beziehen, indem darin offenbar nur liegt, daß beide zusammen das Darlehnsgeschäft mit dem Gläubiger abgeschlossen haben, ohne daß damit irgend etwas über das unter ihnen selbst bestehende Verhältniß ausgesprochen wäre, und unverzeihlich nachlässig würde die Ausdrucksweise sein, wenn gerade die Sozietät die ratio decidendi abgäbe, und diese mit so vagen Worten angedeutet wäre, daß darunter auch eben so gut andre Fälle des gemeinsamen Darlehns begriffen werden könnten. Dazu kommt auch noch, daß die Endworte der Stelle („rector provinciae *juvare te non cunctabitur*") doch kaum auf die dem jus commune angehörige actio pro socio bezogen werden dürfen. Auf der andren Seite kann aber auch in diesem Reskripte unmöglich der allgemeine Satz gefunden werden, daß bei jeder Korreal-Obl. der zahlende Schuldner eine Regreßklage gegen die Uebrigen haben solle, sondern offenbar ist hier nur ein eigenthümlicher Fall entschieden, über welchen hinaus das Gesetz nicht angewendet werden darf. Die Schuldner hatten nämlich zusammen ein Darlehn empfangen, und sich zu dessen Rückzahlung durch eine besondre Stipulation correaliter verpflichtet. Für Jeden der mehreren Schuldner hatte hiernach der Vertrag einen unmittelbaren Vermögens-Vortheil herbeigeführt, und hätte nun also der, welcher das Ganze zahlte, keinen Ersatz von dem Andren fordern dürfen, so würde hier allerdings eine Bereicherung auf Kosten eines Andren Statt finden, und deßhalb gewähren die Kaiser eine actio in factum auf Ersatz. Gewiß kann man also aus der l. 2. cit. nur die verständige Modifikation unsrer Regel ableiten, daß dann und insoweit dem zahlenden correus eine Klage auf Ersatz zustehe, wenn und wieweit an dem Vortheile der Schuld, für welche sich die Schuldner correaliter

verpflichteten, auch die Uebrigen partizipiren. Vgl. v. Schröter S. 425 fgg. und die dort Angeff.

4) Außer der l. 2. cit. führen die Gegner noch eine Reihe von Gesetzen an, in denen gesagt ist, daß Jeder von mehreren Vormündern, Magistraten oder Mitbewohnern eines Hauses, welcher mit der entsprechenden Klage belangt, das Ganze habe bezahlen müssen, eine Ersatzklage gegen die Uebrigen habe, sofern er nur nicht in dolo versirt habe, l. 30. de neg. gest. (3, 5), l. 1. §. 14. 15, l. 20. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 4. C. de in lit. dando tut. (5, 44), l. 2. C. de contr. judic. tut. (5, 58), l. 4. de his, qui effud. (9, 3). In diesen Stellen nämlich soll sich, wie Sell annimmt, das Prinzip des Justinianischen Rechts in Betreff der dem Korrealschuldner einzuräumenden Regreßklage aussprechen, und wenn das entgegengesetzte Recht noch in Justinian's Sammlung bei mehreren Bürgen anerkannt werde, so sei dies eine auf der besondren Strenge der fidejussio beruhende Singularität. Erwägt man aber den in den vorausgehenden Anmerkungen entwickelten Unterschied zwischen Korreal-Obl. und solidarischer Verbindlichkeit, und bedenkt man, daß die eben angeführten Stellen sämmtlich von Fällen der letztren Art sprechen, so verschwindet alle Schwierigkeit von selbst, und man muß nun den Satz aufstellen, daß zwar wohl bei der solidarischen Verbindlichkeit im engern Sinne, nicht aber auch bei der reinen Korreal-Obl. dem zahlenden Schuldner ein Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz zustehe. Es erklärt sich dies auch sehr natürlich, wenn man nur bedenkt, daß dann, wenn Einer von mehreren blos solidarisch Verpflichteten das Ganze zahlt, er nicht blos eine Obligation aufhebt, deren Subjekt er ist, sondern zugleich die selbständige Obligation der Uebrigen. Da er dadurch zugleich in einer selbständigen fremden Angelegenheit handelt, so erhält er eben deßhalb die actio negotiorum gestorum auf Ersatz, an deren Stelle auch eine utilis actio aus fingirter Zession treten kann, vgl. die vorher zitt. Gesetze und v. Schröter S. 427 fgg. Wird freilich die solidarische Obligation durch gemeinschaftliches Delikt begründet, so ist von einer Regreßklage keine Rede, weil ja überhaupt im Falle des dolus nach den zitt. Gesetzen dieselbe wegfällt, und die actio legis Aquiliae, an die man hier noch denken könnte, weil sie keinen dolus, sondern blos culpa voraussetzt, darum hier außer Berücksichtigung bleibt, weil dieselbe bekanntlich als actio *poenalis* behandelt, und gegen Jeden der Komplicen in der Art in solidum eingeräumt wird, daß selbst die Zahlung des Einen die Uebrigen nicht liberirt, l. 11. §. 2, l. 51. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2). — Wie bei der solidarischen Verbindlichkeit, so ist aus ähnlichen Gründen auch bei der untheilbaren Obligation eine Regreßklage zulässig, vgl. auch l. 44. §. 8. fam. herc. (10, 2), l. 11. §. 23. 24. de leg. III, l. 2. §. 5, l. 85. §. 3. de V. O. (45, 1). —

Wenn nun nach dem Bisherigen dem Korrealschuldner, als solchem, eine Ersatzklage abgesprochen werden muß, so versteht es sich doch von selbst, daß dieselbe unter Voraussetzung besondrer Gründe allerdings statthaft ist. Zwei Hauptfälle sind schon vorher beiläufig berührt worden, wenn die correi in einem Sozietätsverhältniß stehen, l. 62. ad leg. Falc. (35, 2), und wenn der Vortheil der Schuld auch den Uebrigen zu Gute kommt, l. 2. C. h. t., und dahin

gehören dann auch ferner insbesondere Interzession, Mandat und Zession der Klage von Seiten des Gläubigers. Wenn Manche annehmen, daß man eine Regreßklage auch dann zulassen müsse, wenn man für Korrealschuldner ein beneficium divisionis aus der Nov. 99. für begründet halte, und nur Einer derselben, ohne die exceptio divisionis vorzuschützen, das Ganze gezahlt habe, weil eben in dieser Nichtvorschützung der Einrede eine wirksame negotiorum gestio gefunden werden müsse, vgl. Thibaut §. 138, v. Wening-Ingenh. §. 207, v. Schröter S. 435, Fritz zu Wening II. S. 198, Sintenis II. S. 137. Anm.: so dürfte dies schon nach allgemeinen Grundsätzen sehr zweifelhaft sein, vgl. bes. Habicht a. a. O. S. 13 fgg. und dagegen spricht sehr bestimmt das Verfahren der römischen Juristen, welche nach dem Obigen dem Bürgen die Regreßklage verweigerten, obwohl demselben durch die epistola Hadriani das auxilium divisionis eingeräumt war; hierin mit v. Schröter eine Singularität finden zu wollen, giebt es keinen hinreichenden Grund. —

Ich habe die obige Darstellung unverändert aus den früheren Auflagen in die sechste und die gegenwärtige herübergenommen, obwohl seitdem Savigny in einer sehr ausführlichen Entwicklung (I. S. 226—278) die hier bekämpfte Meinung von Neuem vertheidigt hat. So scheinbar und bestechend aber auch diese neue Begründung beim ersten Anblick ist, so bin ich von der Wahrheit derselben doch nicht überzeugt. Savigny's Argumentation ist im Wesentlichen folgende: Jeder Korrealschuldner, dem die Zahlung der ganzen Schuld zugemuthet werde, könne dieselbe mittelst Vorschützung der exceptio doli so lange verweigern, bis ihm der Gläubiger die Klage gegen die Mitschuldner zedire. Dies gehe schon daraus hervor, weil im Falle der Korreal-Obligation genau derselbe juristische Gesichtspunkt begründet sei, welcher allen übrigen Fällen erzwingbarer Zession zu Grunde liege, der Gesichtspunkt nämlich, daß der Gläubiger sich eines dolus schuldig mache, wenn er durch Verweigerung der Zession den Schuldner eines unverkennbar billigen Regreßanspruchs berauben wolle, während doch die Vornahme der Zession für ihn selbst nicht den mindesten Nachtheil mit sich führe. Aber nicht blos aus allgemeinen Gründen gehe dieses Recht des Korrealschuldners, die Klagenzession zu verlangen, hervor, sondern dasselbe werde auch in mehreren Gesetzen speziell anerkannt, namentlich in l. 65. de evict. (21, 2), l. 47. locati (19, 2) und l. 13. C. de loc. (4, 65), und überdies spreche auch noch besonders dafür die Entscheidung der l. 1. §. 13. 14. de tutelae (27, 3), wo für den ganz ähnlichen Fall, wenn einer von mehreren Kontutoren auf das Ganze belangt sei, der Anspruch auf Zession ebenfalls anerkannt sei. — In allen Fällen erzwingbarer Zession sei nun aber im neuern römischen Rechte auch eine fingirte Zession durch Gestattung von utiles actiones anerkannt worden, und für den hier in Frage stehenden Fall gehe dies namentlich aus l. 1. §. 13. 14. cit. hervor, so wie sich denn auch daraus ganz wohl die Entscheidung der l. 2. C. de duob. reis (8, 40) erklären lasse. — Die für die gegnerische Meinung besonders angeführte l. 62. ad leg. Falcid. sei nicht beweisend, denn die Entscheidung Julian's beruhe nicht darauf, weil etwa nach seiner Ansicht aller Regreß-Anspruch, abgesehen von der Sozietät, unbedingt zu verneinen sei, sondern vielmehr darauf, weil derselbe doch nicht so sicher und gewiß sei, wie in

dem Falle der Sozietät, und nur von dieser thatsächlichen Unsicherheit müsse der Ausdruck: in pendenti esse verstanden werden. Und wenn endlich noch Gewicht darauf gelegt werde, daß die Gesetze dem zahlenden Mitbürgen die Regreßklage verweigerten, so sei dies für die vorliegende Frage völlig irrelevant, da die Mitbürgen unter einander gar nicht in einem Korreal-Verhältniß ständen, ja überhaupt gar kein eigentliches Rechtsverhältniß zu einander hätten.

Gegen diese Deduktion Savigny's dürften hauptsächlich folgende Punkte in Erwägung kommen:

1) Daß jeder zur Zahlung angehaltene Korreal-Schuldner das s. g. benef. cedendarum actionum habe, ist durch Savigny nicht bewiesen. Wenn man auch zugeben kann, daß der von Savigny angedeutete Gesichtspunkt den gesetzlich begründeten Fällen dieser Rechtswohlthat (s. darüber unten §. 574. Anm. 3) wirklich zu Grunde liegt, so ist dies doch begreiflich kein gesetzliches Prinzip, aus welchem neue, in den Gesetzen nicht begründete Konsequenzen gezogen werden dürften — und dazu eignet es sich auch seinem ganzen Gehalte nach nicht, denn wo fänden sich die Kriterien der „unverkennbaren Billigkeit"? —, sondern es ist eben nichts weiter, als ein Erklärungsgrund für die vorhandenen gesetzlichen Fälle. Sollte daher auch dieser Gesichtspunkt in dem Falle der Korreal-Obligation vollkommen passen — was ich keineswegs allgemein zugeben kann —, so würde uns dies doch nicht berechtigen, ohne spezielle gesetzliche Bestimmung jene Rechtswohlthat auf diesen Fall zu erstrecken. Was nun aber die von Savigny angeführten Gesetze anbelangt, so kommt die l. 1. §. 13. 14. de tutelae gar nicht in Betracht, da ich in unsrer Frage jeden Schluß von der blos solidarischen Verbindlichkeit auf die Korreal-Obligation für unzulässig halten muß, und die l. 47. locati und l. 13. C. de locat. erkennen nur für den Fall das benef. cedend. actionum an, wenn Mehrere zusammen etwas gekauft oder gepachtet und sich dabei dem Verkäufer oder Verpachter correaliter verpflichtet haben, also für einen Fall, in welchem das gemeinsame Schuldverhältniß so beschaffen ist, daß daraus für Jeden der mehreren Korrealschuldner ein unmittelbarer Vermögens-Vortheil hervorgeht; daß in Fällen dieser Art — in welchen ja auch nach unsrer Ansicht eine Regreßklage für den zahlenden correus begründet ist — die Klagen-Zession erzwungen werden kann, ist sehr natürlich (vgl. auch §. 574. Anm. 3. bei Nr. 5), aber daraus kann gewiß keine allgemeine Regel für die Korreal-Obligation überhaupt abgeleitet werden. Es bleibt also nur die l. 65. de evict. übrig:

> *Papinian.* „Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit; quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, propter indivisam pignoris causam, *nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur;* sed familiae erciscundae judicium eo nomine utile est, nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero

pro sua duntaxat parte, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri?"

Hieraus folgert nun Savigny, daß Papinian dann, wenn die Miterben sich correaliter verpflichtet hätten, die exceptio doli unbedenklich als zulässig angesehen habe, und es setze also die Stelle „auf die unzweideutigste Weise voraus, daß jeder auf das Ganze verklagte Korrealschuldner berechtigt sei, durch doli exceptio die Zession der Klage gegen seine Mitschuldner zu erzwingen" (S. 259). Dieser Schluß scheint mir aber nicht blos unsicher, sondern geradezu unrichtig zu sein. Bedenkt man nämlich, daß von dem beneficium cedendarum actionum begreiflich nur dann die Rede sein kann, wenn der Gläubiger gerade wegen dessen, was er jetzt einfordert, auch eine Klage gegen einen Dritten hat, und daß also dasselbe in allen Fällen einer getheilten Obligation unmöglich zur Anwendung kommen kann, und erwägt man ferner, daß in dem Falle der l. 65. cit. die beiden Miterben sich gerade nur *„pro partibus hereditariis"* verpflichtet hatten: so erhalten die Worte: quia non duo rei facti proponerentur, auf welche Savigny soviel Gewicht legt, einen ganz andern Sinn. Offenbar will nämlich Papinian damit nur sagen, daß die Klagen-Zession hier unmöglich sei, „weil ja die obligatio eine divisa sei, indem sich jeder der beiden Miterben nur für die Hälfte, nicht für das Ganze verpflichtet habe". Er verneint also das beneficium, weil die erste und nothwendigste Voraussetzung desselben — daß der Gläubiger eine Klage hat, welche er zediren kann — hier nicht begründet sei; daß dies aber die einzige Voraussetzung und daß also, wenn dieselbe eintrete, wenn also namentlich eine Korreal-Obligation vorliege, das beneficium immer Platz greife, will er offenbar nicht sagen, und der Schluß, welcher aus Papinian's Argumentation gezogen werden kann, ist also nur der, daß in den Fällen der Korreal-Obligation das benef. cedend. act. denkbarer Weise eintreten könne, aber keineswegs auch, daß dasselbe in diesen Fällen immer wirklich begründet sei. Uebrigens bezweifle ich gar nicht, daß, wenn in dem Falle der l. 65. cit. sich die beiden Miterben wirklich correaliter verpflichtet hätten, und dann gerade derjenige in solidum belangt würde, welcher seinen Theil der Pfandschuld bezahlt hatte, dieser die Klagen-Zession zu fordern berechtigt sein würde — aber gewiß nicht auch der Andre! —, aber dies würde seinen Grund doch nur in den besondern Umständen dieses Falls haben, und wir würden also selbst dann, wenn Papinian wirklich die exceptio doli geradezu für zulässig erklärt hätte, aus dieser Entscheidung eines einzelnen, besonders geeigenschafteten Falles keine allgemeine Regel für die Korreal-Obligation überhaupt ableiten dürfen.

2) Wenn aber auch wirklich einem jeden Korrealschuldner ein durch doli exceptio zu verwirklichendes Recht auf Klagen-Zession eingeräumt werden könnte, so dürfte daraus doch nicht ohne Weiteres gefolgert werden, daß dem Schuldner, welcher gezahlt habe, ohne von diesem Rechte Gebrauch gemacht zu haben, nun doch eine utilis actio aus fingirter Zession zustände, denn die Behauptung Savigny's (S. 244 fgg.), daß im neueren römischen Rechte in allen Fällen erzwingbarer Zession auch eine fingirte Zession anerkannt sei, ist gewiß nicht begründet, vgl. Mühlenbruch, Zession §. 43. 44. Dies wird schon entschieden

durch die gesetzlichen Bestimmungen in Betreff der Bürgen widerlegt, denn obwohl diesen das beneficium cedendar. action. unzweifelhaft zusteht (und zwar nicht blos, wie Savigny S. 276 fg. annimmt. in der Art, daß dem angegriffenen Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner, sondern vielmehr so, daß ihm auch die Klagen gegen die Mitbürgen zedirt werden müssen, l. 17. 36. 39. de fidejuss. (46, 1), l. 11. C. eod. (8, 41); s. auch Girtanner, Bürgsch. S. 538 fg. Not. 9, dessen Widerlegung Savigny's aber auch nicht ganz zutreffend ist), so wird ihnen doch ganz bestimmt jede Regreßklage abgesprochen, s. oben Nr. 2. a. E.

3) Sehr unbefriedigend scheint mir der Versuch Savigny's, die seiner Theorie widerstreitenden Stellen zu beseitigen. Was zunächst die l. 62. pr. ad leg. Falcid. anbelangt, so muß doch wohl jeder unbefangene Leser dieser Stelle zugeben, daß Julian und der ihm ganz beistimmende Ulpian unmöglich so hätten schreiben können, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß auch ohne Voraussetzung der Sozietät jeder zahlende Korrealschuldner eine Regreßklage gegen die Mitschuldner habe, denn, wenn dies wäre, so würde zwischen den beiden so scharf gegenüber gestellten Fällen („si quidem socii sint" — „quodsi societas inter eos nulla fuerit") auch nicht der mindeste juristisch relevante Unterschied in Betreff der Berechnung der Falzidischen Quart begründet sein; ob die actio pro socio oder die utilis actio aus fingirter Zession zum Zweck des Regresses angestellt werden kann, ist doch gewiß völlig gleichgiltig, und ich vermag nicht einzusehen, weßhalb im letztren Falle — die rechtliche Zuständigkeit der Klage vorausgesetzt — die Rechtsverfolgung weniger sicher und gewiß sein sollte, als im ersteren. — Was aber die weitere Behauptung Savigny's betrifft, daß die Mitbürgen unter einander gar keine Korrealschuldner, und folglich die Gesetze, in denen diesen die Regreßklage abgesprochen sei, für die vorliegende Frage irrelevant seien: so wäre es zu wünschen gewesen, daß Savigny für diese Behauptung auch Beweise beigebracht hätte. Bisher hat man fast allgemein (s. jedoch auch schon Liebe, Stipul. S. 222 fgg.) das Gegentheil als sich ganz von selbst verstehend angenommen, und m. E. mit größtem Rechte, denn wenn es gewiß ist, daß die obligatio eines jeden einzelnen Bürgen mit der obligatio des Hauptschuldners identisch ist, so muß doch wohl auch die obligatio der mehreren Mitbürgen identisch sein, und daß diese möglicher Weise gar nichts von einander wissen, auf welchen Umstand Savigny Gewicht zu legen scheint, ist für ihr Korreal-Verhältniß völlig gleichgiltig. Daß dies auch die unzweifelhafte Ansicht des römischen Rechts ist, hat auch neuerlich *Dedekind*, de exceptione divisionis p. 12 sqq. ausführlich gegen Savigny nachgewiesen.

4) Gegen die allgemeine Zulässigkeit einer Regreßklage sprechen auch noch sehr bestimmt die zahlreichen Quellen-Aussprüche, in denen bei verschiedenen Erlöschungsgründen der Korr. Obl. (confusio, liberatio legata, pactum de non petendo, compensatio) zwischen correi *socii* und *non socii* unterschieden wird, eine Unterscheidung, die gar keinen wahren Sinn hätte, wenn auch bei den letzteren allgemein ein Regreßanspruch begründet wäre, l. 71. pr. de fidej. (46, 1), l. 29. de liberat. leg. (34, 5), l. 25. pr. de pact. (2, 14), l. 10. h. t., vgl. auch l. 34. pr. de recept. (4, 8), l. 10. §. 10. de in rem verso (15, 3).

pro sua duntaxat parte, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri?"

Hieraus folgert nun Savigny, daß Papinian dann, wenn die Miterben ſich correaliter verpflichtet hätten, die exceptio doli unbedenklich als zuläſſig angeſehen habe, und es ſetze alſo die Stelle „auf die unzweideutigſte Weiſe voraus, daß jeder auf das Ganze verklagte Korrealſchuldner berechtigt ſei, durch doli exceptio die Zeſſion der Klage gegen ſeine Mitſchuldner zu erzwingen" (S. 259). Dieſer Schluß ſcheint mir aber nicht blos unſicher, ſondern geradezu unrichtig zu ſein. Bedenkt man nämlich, daß von dem beneficium cedendarum actionum begreiflich nur dann die Rede ſein kann, wenn der Gläubiger gerade wegen deſſen, was er jetzt einfordert, auch eine Klage gegen einen Dritten hat, und daß alſo daſſelbe in allen Fällen einer getheilten Obligation unmöglich zur Anwendung kommen kann, und erwägt man ferner, daß in dem Falle der l. 65. cit. die beiden Miterben ſich gerade nur *„pro partibus hereditariis"* verpflichtet hatten: ſo erhalten die Worte: quia non duo rei facti proponerentur, auf welche Savigny ſoviel Gewicht legt, einen ganz andern Sinn. Offenbar will nämlich Papinian damit nur ſagen, daß die Klagen-Zeſſion hier unmöglich ſei, „weil ja die obligatio eine divisa ſei, indem ſich jeder der beiden Miterben nur für die Hälfte, nicht für das Ganze verpflichtet habe". Er verneint alſo das beneficium, weil die erſte und nothwendigſte Vorausſetzung deſſelben — daß der Gläubiger eine Klage hat, welche er zediren kann — hier nicht begründet ſei; daß dies aber die einzige Vorausſetzung und daß alſo, wenn dieſelbe eintrete, wenn alſo namentlich eine Korreal-Obligation vorliege, das beneficium immer Platz greife, will er offenbar nicht ſagen, und der Schluß, welcher aus Papinian's Argumentation gezogen werden kann, iſt alſo nur der, daß in den Fällen der Korreal-Obligation das benef. cedend. act. denkbarer Weiſe eintreten könne, aber keineswegs auch, daß daſſelbe in dieſen Fällen immer wirklich begründet ſei. Uebrigens bezweifle ich gar nicht, daß, wenn in dem Falle der l. 65. cit. ſich die beiden Miterben wirklich correaliter verpflichtet hätten, und dann gerade derjenige in solidum belangt würde, welcher ſeinen Theil der Pfandſchuld bezahlt hatte, dieſer die Klagen-Zeſſion zu fordern berechtigt ſein würde — aber gewiß nicht auch der Andre! —, aber dies würde ſeinen Grund doch nur in den beſondern Umſtänden dieſes Falls haben, und wir würden alſo ſelbſt dann, wenn Papinian wirklich die exceptio doli geradezu für zuläſſig erklärt hätte, aus dieſer Entſcheidung eines einzelnen, beſonders geeigenſchafteten Falles keine allgemeine Regel für die Korreal-Obligation überhaupt ableiten dürfen.

2) Wenn aber auch wirklich einem jeden Korrealſchuldner ein durch doli exceptio zu verwirklichendes Recht auf Klagen-Zeſſion eingeräumt werden könnte, ſo dürfte daraus doch nicht ohne Weiteres gefolgert werden, daß dem Schuldner, welcher gezahlt habe, ohne von dieſem Rechte Gebrauch gemacht zu haben, nun doch eine utilis actio aus fingirter Zeſſion zuſtände, denn die Behauptung Savigny's (S. 244 fgg.), daß im neueren römiſchen Rechte in allen Fällen erzwingbarer Zeſſion auch eine fingirte Zeſſion anerkannt ſei, iſt gewiß nicht begründet, vgl. Mühlenbruch, Zeſſion §. 43. 44. Dies wird ſchon entſchieden

durch die gesetzlichen Bestimmungen in Betreff der Bürgen widerlegt, denn obwohl diesen das beneficium cedendar. action. unzweifelhaft zusteht (und zwar nicht blos, wie Savigny S. 276 fg. annimmt. in der Art, daß dem angegriffenen Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner, sondern vielmehr so, daß ihm auch die Klagen gegen die Mitbürgen zedirt werden müssen, l. 17. 36. 39. de fidejuss. (46, 1), l. 11. C. eod. (8, 41); s. auch Girtanner, Bürgsch. S. 538 fg. Not. 9, dessen Widerlegung Savigny's aber auch nicht ganz zutreffend ist), so wird ihnen doch ganz bestimmt jede Regreßklage abgesprochen, s. oben Nr. 2. a. E.

3) Sehr unbefriedigend scheint mir der Versuch Savigny's, die seiner Theorie widerstreitenden Stellen zu beseitigen. Was zunächst die l. 62. pr. ad leg. Falcid. anbelangt, so muß doch wohl jeder unbefangene Leser dieser Stelle zugeben, daß Julian und der ihm ganz beistimmende Ulpian unmöglich so hätten schreiben können, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß auch ohne Voraussetzung der Sozietät jeder zahlende Korrealschuldner eine Regreßklage gegen die Mitschuldner habe, denn, wenn dies wäre, so würde zwischen den beiden so scharf gegenüber gestellten Fällen („si quidem socii sint" — „quodsi societas inter eos nulla fuerit") auch nicht der mindeste juristisch relevante Unterschied in Betreff der Berechnung der Falzidischen Quart begründet sein; ob die actio pro socio oder die utilis actio aus fingirter Zession zum Zweck des Regresses angestellt werden kann, ist doch gewiß völlig gleichgültig, und ich vermag nicht einzusehen, weßhalb im letztren Falle — die rechtliche Zuständigkeit der Klage vorausgesetzt — die Rechtsverfolgung weniger sicher und gewiß sein sollte, als im ersteren. — Was aber die weitere Behauptung Savigny's betrifft, daß die Mitbürgen unter einander gar keine Korrealschuldner, und folglich die Gesetze, in denen diesen die Regreßklage abgesprochen sei, für die vorliegende Frage irrelevant seien: so wäre es zu wünschen gewesen, daß Savigny für diese Behauptung auch Beweise beigebracht hätte. Bisher hat man fast allgemein (s. jedoch auch schon Liebe, Stipul. S. 222 fgg.) das Gegentheil als sich ganz von selbst verstehend angenommen, und m. E. mit größtem Rechte, denn wenn es gewiß ist, daß die obligatio eines jeden einzelnen Bürgen mit der obligatio des Hauptschuldners identisch ist, so muß doch wohl auch die obligatio der mehreren Mitbürgen identisch sein, und daß diese möglicher Weise gar nichts von einander wissen, auf welchen Umstand Savigny Gewicht zu legen scheint, ist für ihr Korreal-Verhältniß völlig gleichgiltig. Daß dies auch die unzweifelhafte Ansicht des römischen Rechts ist, hat auch neuerlich *Dedekind*, de exceptione divisionis p. 12 sqq. ausführlich gegen Savigny nachgewiesen.

4) Gegen die allgemeine Zulässigkeit einer Regreßklage sprechen auch noch sehr bestimmt die zahlreichen Quellen-Aussprüche, in denen bei verschiedenen Erlöschungsgründen der Korr. Obl. (confusio, liberatio legata, pactum de non petendo, compensatio) zwischen correi *socii* und *non socii* unterschieden wird, eine Unterscheidung, die gar keinen wahren Sinn hätte, wenn auch bei den letzteren allgemein ein Regreßanspruch begründet wäre, l. 71. pr. de fidej. (46, 1), l. 29. de liberat. leg. (34, 5), l. 25. pr. de pact. (2, 14), l. 10. h. t., vgl. auch l. 34. pr. de recept. (4, 8), l. 10. §. 10. de in rem verso (15, 3).

Gewiß mit Recht haben sich auch die meisten Späteren gegen Savigny ausgesprochen, vgl. Samhaber S. 192 fgg. und die dort in Not. 8. zahlreich Zitt., denen noch Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 379 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 294. beizufügen sind. Für Savigny haben sich jedoch erklärt Sintenis in der zweiten Aufl. seines pr. Zivilr. §. 89. Not. 52, *Demangeat* p. 225 suiv., Zaun im neuen Arch. für prakt. Rechtsw. I. S. 132 fgg.

Anm. 4. Ob bei Korrealschuldnern das beneficium divisionis Platz greife, ist schon von den Zeiten der Glossatoren her bestritten, und auch die heutigen Juristen sind darüber noch sehr verschiedener Ansicht, vgl. bes. *Asverus*, spec. inaug. ad Nov. 99. Jen. 1822, v. Schröter in Gießer Zeitschr. VI. S. 435 fgg., Burchardi im ziv. Arch. XIX. S. 49 fgg., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 190 fgg., Heimbach in Gießer Zeitsch. XVI. S. 65 fgg., Girtanner, Bürgschaft S. 125 fgg. S. 548 fg., Savigny, Oblig. I. S. 279 fgg., *Grotefend*, de except. divis. Gott. 1852. p. 53 sqq., *Rückert*, de exc. divis. Gott. 1852. p. 25 sqq. p. 56 sqq. (s. auch Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 55 fgg.), *Dedekind*, de exc. divis. Gott. 1853. p. 151 sqq., Brinz, krit. Blätter Nr. 4. S. 35 fgg., Dedekind im ziv. Arch. XL. S. 264 fgg. 380 fgg., *Wieding*, Novella Just. XCIX. Berol. 1857, Helmolt §. 18. S. 110 fgg., *Demangeat* p. 325 suiv. — So viel erkennt man allgemein an, daß vor Justinian davon keine Rede sein konnte, indem da jene Rechtswohlthat schlechthin nur in einzelnen, gesetzlich bestimmten Fällen vorkommt. Eingeführt war dieselbe nämlich durch eine epistola D. Hadriani für mehrere Fidejussoren, als Surrogat der für diese nicht anwendbaren lex Furia de sponsu, Gai. III. 121. 122, §. 4. J. de fidej. (3, 20), l. 26—28. de fidej. (46, 1). Justinian in l. ult. C. de const. pec. (4, 18) gibt an, daß dieselbe gleich von Anfang an auch bei mehreren Mandatoren Statt gefunden habe, vgl. auch l. 7. de fidej. et nomin. (27, 7), und eben so kam sie auch „exemplo fidejussorum“ bei mehreren Vormündern l. 1. §. 11. de tut. et rat. distr. (27, 3), und bei mehreren Magistraten vor, l. 7. de mag. conv. (27, 8), l. 3. C. eod. (5, 75), und Justinian dehnte dieselbe endlich auf mehrere Konstituenten aus, l. ult. C. de const. act. (4, 18). Ob aber dieser Kaiser noch weiter gegangen, ob er sie in Nov. 99. auch auf mehrere Korrealschuldner in Anwendung gebracht habe, ist der Gegenstand des oben berührten Streits. Um die Justinianische Neuerung in ihrem wahren Lichte aufzufassen, muß man sie mit den Vorschriften der Nov. 4. c. 1. in Verbindung bringen. Dort führte bekanntlich Justinian das s. g. beneficium excussionis für Bürgen, Mandatoren und Konstituenten ein: der Gläubiger soll stets zunächst den prinzipalen Schuldner verklagen, und nur wenn er von diesem nichts oder nicht Alles erlangt hat, darf er seinen Rückgriff gegen die Bürgen nehmen; sollte der prinzipale Schuldner abwesend sein, so setzt der Richter den Bürgen eine angemessene Frist zur Herbeischaffung desselben, und erst nach deren fruchtlosem Verstreichen haften sie selbst. An dieses Gesetz nun schließt sich unsere Nov. 99. unmittelbar an, indem der Kaiser in der praef. sie ausdrücklich als einen Nachtrag und eine Erweiterung der Nov. 4. anführt. Um aber die Sphäre der Nov. 99. bestimmt abzugrenzen, müssen zwei wesentliche Voraussetzungen derselben scharf aufgefaßt werden. Es wird nämlich

1) verlangt, daß Mehrere einen gemeinsamen Schuldvertrag in der Art abschließen, daß für Jeden der mehreren Schuldner daraus ein verhältnißmäßiger Vortheil entspringt. Justinian denkt augenscheinlich principaliter an den Fall, wenn Mehrere zusammen ein Darlehn aufgenommen haben, welches jedem Einzelnen von ihnen verhältnißmäßig zu Gute kommt, denn er nennt ausdrücklich „τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν", und eben so fassen auch die späteren Byzantiner die Novelle auf, vgl. *Athanas. Scholast.* tit. XV. const. 2. (in *Heimb.* Anecd. tom. I. p. 154): „Ὁ ἀλληλεγγύως δανεισάμενος", und *Theodor. Hermopol.* breviar. Novell. Just. nov. 99. (in *Zachariae* Anecd. p. 98; vgl. auch Heimb. Anecd. I. p. 262): „Οἱ ἀλληλεγγύως δανειζόμενοι". Deßhalb aber mit Heimbach in der oben angef. Abh. die ganze Verordnung blos auf das Darlehn zu beschränken, geht schon wegen der generellen Ausdrucksweise im Anfang des cap. 1. nicht an, und wir müssen daher dieselbe gewiß auch auf andre Fälle beziehen, sofern sie nur das oben angedeutete Merkmal mit dem Darlehn gemein haben, wie z. B. wenn Mehrere gemeinschaftlich etwas gekauft haben, und den Kaufpreis schulden, oder wenn Mehrere zusammen ein Landgut gepachtet haben, und es sich um Zahlung des Pachtschillings handelt u. dgl. Es muß also überhaupt, wie Justinian sich ausdrückt, ein *commune debitum* (κοινὸν χρέος) sein, und die ganze Tendenz des Gesetzes ist es, nach Möglichkeit zu verhüten, daß eine Schuld, die dem natürlichen Sachverhalt nach auf Mehreren gemeinsam lastet, weil sie gemeinsam den Vortheil davon gezogen haben, unnöthiger und unbilliger Weise von Einem allein getragen werden müsse („et non commune debitum proprium cujuspiam fieri onus").

2) Jeder der gemeinsamen Schuldner muß auch die Schuld der Uebrigen auf sich genommen haben; es muß also eine wechselseitige Verbürgung Statt gefunden haben (wobei nur natürlich nicht gerade an eine wechselseitige *fidejussio*, sondern allgemein an eine wechselseitige Interzession zu denken ist). Daß nämlich ἀλληλεγγύοι oder ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοι eben nur Schuldner sind, welche sich wechselseitig verbürgt haben, kann schon nach der Etymologie des Worts nicht bezweifelt werden (ἀλλήλων und ἔγγυος) und in diesem Sinne wird es auch nicht blos von *Harmenop.* lib. III. tit. 6. §. 17. gebraucht, sondern auch *Julian.*, Epit Nov. const. 92. c. 348. überträgt es mit *„ut alter pro altero fidejubeat et invicem"*, und auch die Vulg. übersetzt es richtig mit: *alterna fidejussione obligati.* Hieraus ergibt sich denn auch von selbst der Anknüpfungspunkt unsrer Nov. 99. an die Nov. 4. Während nämlich diese letztere Novelle von einfachen Bürgen spricht, behandelt unsre Nov. 99. den komplizirteren Fall, wenn mehrere Schuldner sich wechselseitig verbürgt haben, so daß also in der Person jedes Einzelnen prinzipales und accessorisches Schuldverhältniß zusammen treffen.

Hält man diese Voraussetzungen fest, so kann es nicht schwierig sein, den wahren Sinn der Justinianischen Neuerung zu ermitteln. Wenn nämlich Mehrere gemeinschaftlich ein Darlehn aufnehmen, und Jeder zugleich die Schuld der Andern auf sich nimmt, so unterscheidet der Kaiser zwei mögliche Fälle:

a) Die wechselseitige Verbürgung geschieht ohne besondere Neben-

verabredung, namentlich ohne das Versprechen, daß jeder Einzelne in solidum haften wolle. Für diesen Fall war eine neue gesetzliche Bestimmung nicht erforderlich, sondern die Grundsätze der Nov. 4. über das Verhältniß der Schuldner und Bürgen zu einander reichten vollkommen aus. Danach kann nämlich in Folge des dort eingeführten s. g. benef. excussionis nicht daran gedacht werden, daß der Gläubiger von vorneherein Einen der Schuldner auf das Ganze belangt, sondern er muß nothwendig die Klage gegen jeden einzelnen Schuldner pro rata richten:

„Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos, *si quidem non adjecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere*".

Das versteht sich aber ganz von selbst, daß, wenn Einer der Schuldner sich hinterher als insolvent herausstellen sollte, der Gläubiger ex post gegen die Uebrigen, in ihrer Qualität als Bürgen, auftreten kann; und wenn Justinian dies nicht besonders sagt, so hat dies seinen natürlichen Grund darin, weil es eben für Jeden, der die Novelle 4. vor Augen hat, ganz zweifellos sein mußte. Dieses erst wenige Jahre vorher erlassene Gesetz hier wieder auszuschreiben, war doch gewiß kein Grund vorhanden. Daß unsere Interpreten dieses übersehen, und aus Justinian's Schweigen die Folgerung gezogen haben, daß in diesem Falle der Gläubiger sich auch nicht in subsidium an die übrigen Schuldner halten könne, sondern ein für allemal nur jeden Einzelnen pro rata ausklagen dürfe, ist ein Hauptgrund der mancherlei Mißverständnisse unsres Gesetzes. Wie alt übrigens dieser Irrthum ist, sieht man aus *Theodor. Hermop.* l. c., wo unser Fall ganz im Geiste der neueren Interpreten so angegeben wird: „*Πάντες ἐξ ἴσου ὑπόκεινται, καὶ ἄλλος ὑπὲρ ἄλλου οὐκ ἐνέχεται*". Dagegen scheint *Athan. Scholast.* l. c. der richtigen Ansicht zu folgen, indem er diesen ganzen Fall mit Stillschweigen übergeht, eben weil bei ihm nichts Besonderes gilt, sondern die Vorschriften der von ihm in demselben Titel als const. 1, also unmittelbar vorher, ausgezogenen Novelle 4. dabei Platz greifen.

b) Es kann aber die wechselseitige Interzession bei einem gemeinschaftlich aufgenommenen Darlehn auch in der Weise geschehen, daß ein Jeder der Schuldner für das Ganze einstehen zu wollen verspricht, daß sie also eine passive Korreal-Obl. abschließen; und gerade nur für diesen Fall sind die neuen Bestimmungen der Nov. 99. erlassen. Augenscheinlich hat auch dieser Fall seine Eigenheiten; formell aufgefaßt erscheint das Verhältniß als eine prinzipale Korreal-Obl., denn Jeder der Schuldner hat sich ja von Anfang an ausdrücklich in solidum verpflichtet; seinem materiellen Gehalte nach ist es aber doch eine Interzession, indem eigentlich Jeder der Schuldner nur zum Belauf einer Quote prinzipaliter schuldet, und für die andren Quoten die Schulden der Mitschuldner auf sich nimmt. Da schien es nun dem Kaiser zweckmäßig, in diesem eigenthümlichen Falle weder die Theorie der prinzipalen Korreal-Obl., noch die durch Nov. 4. begründete Theorie über Interzession rein zur Anwendung kommen zu lassen, sondern es solle ein Mittelweg eintreten, der, gleichsam das formelle und materielle Recht mit einander versöhnend (Nov. 99. c. l. §. 1. fin.: „et debitum similiter quidem secundum *justitiae* [τοῦ δικαίου], similiter

autem secundum *legis* [τοῦ νόμου] ordinem procedet[e]), dem Gläubiger keinerlei Nachtheil, den Schuldnern aber wesentliche Vortheile darböte. Es solle nämlich dann, wenn der Gläubiger seine Befriedigung auf dem Rechtswege verlangt, der Richter sämmtliche gegenwärtige Korrealschuldner vorladen, ihre Solvenz oder Insolvenz gerichtlich feststellen, und die Zahlungsfähigen zur gemeinsamen Befriedigung des Gläubigers verurtheilen, so daß diesem also stets durch einen und denselben Prozeß zu seiner vollen Befriedigung verholfen wird. Wie sich dieses neue Verfahren von den strengen Grundsätzen der Korreal-Obl. unterscheidet, leuchtet von selbst ein, indem bei der letztren nicht blos ein Prozeß, sondern auch ein Verklagter vorkommt, und der Gläubiger niemals genöthigt werden kann, die mehreren Schuldner zusammen anzugreifen. Eben so bestimmt unterscheidet sich aber auch dieses Verfahren von dem durch die Nov. 4. eingeführten. Dürfte man nämlich in unsrem Falle von dem ausdrücklichen Versprechen der solidarischen Haftung absehen, und bei den einzelnen Schuldnern die prinzipale und die Interzessions-Schuld von einander unterscheiden, so würden immer mehrere verschiedene Prozesse, und zwar wenn Einer von diesen Schuldnern abwesend wäre, oder sich als zahlungsunfähig herausstellen sollte, mehrere in der Zeit auf einander folgende Prozesse nöthig werden, so daß der Gläubiger in keinem Falle auf die gleichzeitige durch einen Rechtsstreit herbeigeführte Befriedigung rechnen dürfte. —

Das Resultat ist einfach dieses: in einem Falle, wenn nämlich die mehreren Korrealschuldner gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld, in Betreff deren sie sich correaliter verpflichteten, Theil genommen haben, ist das strenge Recht der Korreal-Obl. durch Nov. 99. dahin gemildert worden, daß der Gläubiger genöthigt werden kann, sämmtliche gegenwärtige Korrealschuldner gemeinsam zu belangen, und der Richter dann diejenigen unter ihnen, welche er zahlungsfähig findet, zur gemeinsamen Befriedigung des Gläubigers verurtheilen muß. Es bezieht sich also diese Neuerung — die man in gewissem Sinne ein *beneficium divisionis* nennen mag, obwohl dafür keineswegs die Detail Vorschriften der epistola D. Hadriani Platz greifen — auf denselben Fall, für welchen auch nach der vorausgehenden Anm. 3. durch Diokletian und Maximian dem zahlenden correus eine Regreßklage gestattet ist, und auch die Gründe der Nov. 99. treffen leicht sichtbar im Wesentlichen mit der ratio der l. 2. C. h. t. zusammen. —

Vergleicht man mit diesen Ausführungen (vgl. auch Windscheid, Lehrb. §. 293. Anm. 10) die verschiedenen Ansichten unsrer Interpreten, so sind diese freilich sehr abweichend:

1) Die Mehrzahl unsrer neueren Juristen versteht unter den ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοι alle vertragsmäßigen Korrealschuldner, und unter dieser Voraussetzung findet man in Nov. 99. zwei wesentliche Neuerungen, nämlich erstlich, daß durch einen Vertrag eine Korrealschuld nur dann begründet werden könne, wenn die Schuldner sich ausdrücklich in solidum verpflichten, und zweitens, daß, wenn eine solche Korrealschuld begründet sei, doch den einzelnen correi das beneficium divisionis zustehen solle; vgl. z. B. Ribbentrop S. 116. Not. 18, v. Schröter S. 438 fgg., Göschen, Vorl. §. 374, Fritz zu Wening II. S. 192 fgg., Mejer in Schweppe's Hdb. III. §. 374, Roßhirt

Lehrb. §. 373. (S. 320 fgg.), Unterh. I. S. 366, Puchta, Pand. §. 325, und Vorles. ad h. l., Arndts, Lehrb. §. 215., Rückert a. d. aa. OO., Brinz l. c., im Wesentlichen auch Girtanner cit., und vorzugsweise gründlich und sorgsam ist jetzt diese herrschende Lehre ausgeführt worden von *Wieding* cit. p. 82 sqq. — Es ist jedoch schon oben angedeutet worden, daß das Wort ἀλληλεγγύως schlechthin keine Beziehung auf Korreal-Obl. hat, sondern nur auf wechselseitige Interzession hinweis't, und nur dann ließe sich etwa der Gebrauch jenes Worts für Korrealschuldner erklären, wenn in jeder Korreal-Obl. eine wechselseitige Verbürgung enthalten wäre, was aber der Natur der Sache nach entschieden nicht der Fall ist, obgleich dies freilich nicht selten behauptet worden ist. Ueberdies aber würde sich auch Justinian nach jener Ansicht äußerst unbeholfen und unlogisch ausgedrückt haben: „Wenn Jemand mehrere Korrealschuldner annimmt, und diese haben nicht versprochen, daß Jeder für das Ganze haften wolle, dann sind es keine Korrealschuldner; haben sie aber dieses angelobt, dann" u. s. w. Nachdem also zuerst von der allgemeinen Voraussetzung ausgegangen würde, daß mehrere Korrealschuldner da seien, würde als Unterfall ein solcher hingestellt, in welchem keine vorhanden seien! Ferner aber würde auch der Kaiser nach jener Ansicht etwas sehr Sonderbares und Unzivilistisches angeordnet haben, denn nicht nur, daß man nicht einsieht, weßhalb zur Begründung einer Korreal-Obl. gerade immer der Gebrauch der Worte *in solidum* nöthig, und namentlich die so äußerst sprechende Form, welche Justinian selbst in den Institutionen angibt (s. Anm. 2), nicht mehr hinreichend sein soll, so würde auch augenscheinlich durch die generelle Gestattung des benef. divisionis bei jeder vertragsmäßigen Korreal-Obl. das innere Wesen derselben fast gänzlich vernichtet. Wie dennoch Viele behaupten können, daß eine solche allgemeine Maaßregel ganz im Geiste des neuern Rechts liege, und darin nur der konsequente Schlußstein der allmähligen Ausdehnungen des auxilium D. Hadriani gefunden werden könne, ist mir daher in der That fast unbegreiflich, und noch unbegreiflicher der übermüthige Ausspruch Puchta's (Vorl. a. a. O.), es sei daher kein Grund vorhanden, von der gemeinen Meinung abzugehen, „die auch hier richtiger den Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Worthelden". — Welcher Zusammenhang endlich zwischen unsrer Nov. 99, wenn man jene Interpretation annimmt, und der Nov. 4. Statt finden soll, ist schwer einzusehen, und doch sagt ja der Kaiser ausdrücklich, daß sie einen Nachtrag dazu bilden solle.

2) Die bei Weitem größte Zahl der älteren Juristen ging noch viel weiter, und bezog die Nov. 99. auf alle solidarisch Verpflichteten, nur mit Ausnahme der durch Delikt Obligirten, vgl. die vielen bei Glück IV. S. 527. Not. 87. 88. und bei *Asver.* p. 11 sqq. Zitt., und auch nicht wenige Neuere sind noch fortwährend dieser Ansicht, vgl. z. B. Glück a. a. O., Zimmern in sein. und Neust. römisch-rechtl. Unters. S. 274, Schweppe, Lehrb. §. 274, Seuffert §. 228, Valett §. 451, Mühlenbruch §. 492, Sintenis, pr. Zivilr. II. §. 89. Anm. 47. Es versteht sich von selbst, daß die Gegengründe, welche gegen die vorher referirte Meinung geltend gemacht wurden, in verstärktem Maße gegen diese, ehedem als communis opinio geltende Theorie Platz greifen.

3) Viele wollen, insbesondere nach dem Vorgang von *Donellus* cit. cap. 13. (opp. IX. p. 1295 sqq.) und *Ronchegallus*, de duob. reis const. ad leg. 3. §. 1. nr. 101 sqq. die Vorschriften der Nov. 99. nur in dem Falle zur Anwendung bringen, wenn mehrere Korrealschuldner sich zugleich wechselseitig verbürgt haben, vgl. außer den bei Glück IV. S. 526. Not. 85. und bei *Asverus* p. 13 sqq. Zitt. auch noch insbesondere *Asverus* cap. II—IV, Savigny S. 282 fgg., *Grotefend* p. 53 sqq., *Demangeat* p. 325 suiv., Siebenhaar S. 39 fgg., und s. auch noch z. B. *Günther*, princ. jur. Rom. tom. II. §. 916, Bucher §. 117, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 245 u. A. m. Daß die Worte der Novelle sich mit dieser Annahme sehr gut vereinigen lassen, kann nicht in Abrede gestellt werden, aber desto größer sind die sachlichen Bedenken, welche sich derselben entgegenstellen. Will man nämlich auch die rechtliche Möglichkeit einer solchen Kombination einräumen — obwohl es gewiß in hohem Grade auffallend ist, daß Jemand bei einer und derselben Obligation als prinzipaler Selbstschuldner *in solidum* und zugleich als Fidejussor betheiligt sein soll —, so ist doch in der That kaum einzusehen, welcher irgend erhebliche Zweck, sei es für den Gläubiger oder sei es für die Schuldner, durch ein solch wunderlich komplizirtes Geschäft erreicht werden könnte, und noch weniger, wie Justinian dazu gekommen sein sollte, für einen solchen, im Rechtsleben wohl niemals vorkommenden Fall ein besondres Gesetz zu erlassen, von dem er uns doch selbst sagt, daß es ein wünschenswerthes und nützliches Supplement zur Nov. 4. bilden solle. Freilich pflegt man sich dafür, daß eine solche Verbindung der Korreal-Obligation mit wechselseitiger Bürgschaft allerdings bei den Römern vorgekommen, und auch keineswegs ohne praktische Bedeutung gewesen sei, auf den bekannten Ausspruch Papinian's in l. 11. pr. h. t.:

„Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit"

zu berufen (vgl. auch noch z. B. *Wieding* p. 40 sqq., Helmolt S. 108 fgg., *Demangeat* p. 319 suiv., Siebenhaar S. 37 fgg.) und Savigny S. 283. Not. m. hält es sogar für wahrscheinlich, daß der Verfasser der Novelle auf diese Stelle unmittelbar Rücksicht genommen habe: aber in der That scheint es mir ganz zweifellos zu sein, daß die *rei promittendi* hier durchaus nicht identisch sind mit den *duo* rei promittendi, die erst nachher vergleichsweise erwähnt werden, sondern daß darunter lediglich mehrere Mitschuldner, keineswegs aber Korrealschuldner, zu verstehen sind, was ja auch ganz dem römischen Sprachgebrauch entspricht, l. l. h. t., s. bes. *Dedekind* l. c. p. 154 sqq., Arch. S. 270 fgg. und vgl. auch Brinz a. a. O. S. 36 fg. — Ueberdies aber würde auch nach jener Auslegung der Nov. 99. das wahrhaft seltsame Resultat entstehen, daß dadurch, daß sich die Schuldner zwiefach verpflichtet haben, als Korrealschuldner und als Wechselbürgen, der Gläubiger weniger Recht gegen sie erwerben sollte, als wenn sie sich blos einfach als Korrealschuldner obligirt hätten; und wenn Savigny diesen Einwand durch die Bemerkung beseitigen will, daß ja in der That bei dem durch die Novelle vorgeschriebenen Verfahren das Recht des Gläubigers um gar nichts geschwächt werde, so läßt sich dies gewiß nicht

zugeben, indem ein Prozeß gegen Mehrere, deren Solvenz erſt unterſucht und feſtgeſtellt werden muß, gewiß beſchwerlicher und zeitraubender iſt, als ein Prozeß gegen einen entſchieden ſolventen Schuldner. — Wenn ſich die Vertheidiger der hier bekämpften Theorie auch noch beſonders auf *Julian*,, Epit. Nov. const. 92. c. 348. berufen, wo allerdings die kritiſchen Worte: ἀλληλ. ἐπειθ. ſo wieder gegeben ſind: „Si qui *rei promittendi* fuerint, ut alter pro altero fidejubeat et invicem", ſo möchte dies Argument nicht beſonders ſchwer wiegen, da hier Julian offenbar, eben ſo wie Papinian in l. 11. cit. unter den rei promittendi nicht Korrealſchuldner, ſondern nur Mitſchuldner verſteht.

4) Eine gewöhnlich dem *Ronchegallus*, aber gewiß mit Unrecht (ſ. darüber *Dedek.* cit. p. 177 sqq.) zugeſchriebene Meinung geht dahin, daß unter den ἀλληλ. ἐπειθ. bloſe Mitbürgen zu verſtehen ſeien, die ſich zuſammen für einen Dritten verbürgt haben, und danach würde denn die allerdings wichtige Neuerung der Novelle darin beſtehen, daß künftig bei Mitbürgen dann, wenn ſie nicht ausdrücklich für die ganze Schuld einzuſtehen verſprochen hätten, von Anfang an nur eine obligatio divisa angenommen werden ſolle, während ſie zwar im andren Falle ſolidariſch haften ſollten, aber doch immer mit dem benef. divisionis. Obwohl man zugeſtehen muß, daß nach dieſer Anſicht die Novelle einen ganz paſſenden und verſtändigen Sinn gibt, und auch Juſtinian ſich ſachgemäß und logiſch richtig ausgedrückt haben würde, ſo ſcheitert doch auch dieſe Auslegung an dem Worte ἀλληλεγγύως, was offenbar nicht als gleichbedeutend mit συνεγγυητης genommen werden darf, ſondern gerade nur auf ein Verhältniß hindeutet, wo Jeder der Mehreren zugleich Schuldner iſt, und auch noch Bürge der andren Schuldner; vgl. auch noch beſ. *Athan. Schol.* und *Theod. Hermop.* l. c., wo durch die Worte: ἀλληλεγγύως δανειο.μενος und ἀλλ. δανειζόμενοι ſo deutlich wie möglich auf dieſes kombinirte Verhältniß hingewieſen wird. Ueberdies könnte auch nicht eingeſehen werden, wie dann Juſtinian dieſe Novelle als einen Nachtrag und eine Erweiterung der Nov. 4. hätte anſehen können, da in dieſer letztren von dem Verhältniß des Hauptſchuldners und des Bürgen zu einander die Rede iſt, in der Nov. 99. aber nach jener Anſicht das davon ganz verſchiedene der Mitbürgen unter einander behandelt ſein würde. Und endlich wäre es auch Juſtinian's Art ganz entgegen, die wichtigſte Neuerung, die dieſe Novelle unter jener Vorausſetzung enthielte — daß nämlich die Mitbürgen an und für ſich in einer von Anfang an getheilten Obligation ſtehen ſollen —, nur ſo ganz leichthin und mit den möglichſt wenigen Worten anzugeben.

5) Eine neue Auslegung der Nov. 99. iſt von Burchardi in der oben angef. Abh. vertheidigt, und von Koch II. S. 28 fgg. adoptirt worden. Burchardi überſetzt die Anfangsworte des cap. 1. ſo:

> „Wenn nämlich Jemand Mehrere unter gegenſeitiger Verbürgung zu Schuldnern erhält (ſofern zwar nicht hinzugefügt wird, daß auch der Einzelne von ihnen für das Ganze haften ſolle, dann ſollen Alle zu gleichen Theilen der Klage unterworfen ſein), wenn aber auch etwas dergleichen hinzugefügt worden iſt, ſo ſoll" u. ſ. w.

Burchardi geht dabei von dem Gedanken aus, daß die Worte „εἰ μὲν — —

ἐφίστασθαι einen Zwischensatz bildeten, in welchem der Kaiser einen Fall ausscheide, wo keine gegenseitige Verbürgung Statt finde, und auf welchen er daher auch seine Verordnung nicht bezogen wissen wolle. Erst in den folgenden Worten: εἰ δὲ καὶ κ. τ. λ. komme er auf den Fall der wahren wechselseitigen Verbürgung, wenn nämlich die Mitschuldner Jeder das Ganze versprochen hätten. Vor der Einführung des benef. excussionis in Nov. 4. habe die praktische Behandlung dieses Falls keinerlei Schwierigkeiten machen können; nach diesem Gesetze aber sei begreiflich viel darauf angekommen, ob man ein solches Versprechen von eigentlicher Korreal-Obl., oder blos von wechselseitiger Verbürgung zu verstehen habe, indem davon die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des benef. excussionis abhängig gewesen sei, und diesen Zweifel entscheide nun Justinian in der Nov. 99. dahin, daß man in einem solchen Falle eine wechselseitige Verbürgung, und folglich nur ein subsidiäres Haften der mehreren Schuldner annehmen dürfe. Justinian sei also so weit entfernt, eine reformirende Verordnung für Korreal-Obligationen erlassen zu wollen, daß er vielmehr nur der Vermengung eines besondren Bürgschaftsfalls mit der Korreal-Oblig. vorzubeugen beabsichtigt habe. — Diese Auslegung hat zwei wesentliche Vorzüge vor den meisten andren bisher betrachteten Theorieen voraus. Sie geht nämlich von dem richtigen Begriff des ἀλληλεγγύως aus, und nach ihr würde es sich auch recht gut erklären, daß der Kaiser die Nov. 99. als einen Nachtrag zu der Nov. 4. anführt. Auf der andern Seite aber scheint mir die Annahme, daß in den Worten εἰ μὲν μή u. s. w. ein bloser Zwischensatz enthalten sein soll, grammatisch unmöglich zu sein, indem die beiden mit εἰ μέν und εἰ δὲ anfangenden Sätze nothwendig zusammen gehören, und zwei koordinirte Satzglieder bilden, die hier nur die Bestimmung haben können, zwei mögliche Fälle der wechselseitigen Verbürgung neben einander zu stellen, vgl. auch *Julian*, Epit. cit. und *Theod. Hermop.* l. c., u. s. Heimbach a. a. O. S. 70 fgg. Ueberdies aber läßt sich auch nicht einsehen, wie der Kaiser dazu kommen sollte, dann, wenn mehrere Mitschuldner ausdrücklich erklären, es wolle jeder Einzelne für die ganze Schuld einstehen, eine Korreal-Obl. in Abrede zu stellen, und eine gewöhnliche Verbürgung anzunehmen; und daß er dieß auch wirklich nicht gethan, sondern allerdings eine Korreal-Obl. hier anerkannt hat, geht ja auch aus den weitern, oben näher angegebenen Bestimmungen der Novelle hervor, wonach in solchem Falle ein Verfahren vorgeschrieben ist, welches sich wesentlich von demjenigen unterscheidet, welches bei einer gewöhnlichen Bürgschaft angewendet werden müßte.

6) Dedekind a. d. aa. OO. gelangt zu dem Resultate, daß die Nov. 99. sich gar nicht auf Korreal-Obligation beziehe, sondern lediglich den Fall behandle, wenn mehrere Schuldner sich wechselseitig für einander verbürgen. Eine solche wechselseitige Verbürgung könne nämlich ohne den besondren Zusatz vorkommen, daß jeder Einzelne für das Ganze haften wolle, und für diesen Fall habe hier Justinian nichts Neues verordnet, sondern lediglich auf die Vorschriften der Nov. 4. verwiesen. Es könne aber auch eine wechselseitige Verbürgung mit dem Zusatze: in solidum vorkommen, z. B. wenn die mehreren Schuldner erklärten: „debere se decem Titio, pro quibus vice mutua in solidum fidejussores esse vellent“ (Dedek. p. 161), und für diesen besondren Fall der wechsel-

seitigen Bürgschaft — welcher scharf von dem andren Fall unterschieden werden müsse, wenn jener Zusatz der prinzipalen Obligation zugefügt, und also eine passive Korreal-Obligation abgeschlossen worden sei — habe nun Justinian in Nov. 99. eine neue Rechtswohlthat eingeführt, die zwar nicht so weit gehe, wie die bei der einfachen Bürgschaft begründeten Rechtswohlthaten der Vorausklage und der Theilung, wodurch aber doch die strenge solidarische Haftung der Mitbürgen, welche hierbei eigentlich wegen des Zusatzes in solidum Platz greifen sollte, wesentlich modifizirt sei; vgl. auch Helmolt S. 110 fgg. — In dem, was ich bei der vorliegenden Frage für die Hauptsache halte — in der Erkenntniß, daß die Nov. 99. keine allgemeine Normen für die Korreal-Obligation oder gar für alle solidarischen Verbindlichkeiten enthalte —, stimmt Dedekind vollständig mit mir überein, und nur darin weicht er ab, daß er die Sphäre der Nov. 99. noch mehr beschränkt, als ich. Während nämlich dieselbe meiner Ansicht nach überall anwendbar ist, wenn bei einer wirklich gemeinsamen Schuld die einzelnen Schuldner solidarisch haften zu wollen versprechen, nimmt Dedekind an, daß das benef. der Nov. 99. nur dann Platz greife, wenn sich die gemeinsamen Schuldner ausdrücklich wechselseitig verbürgen, und bei dieser Verbürgung die solidarische Haftung aussprechen; m. a. W. während ich nur eine materielle Interzession als nothwendige Voraussetzung ansehe, legt Dedekind alles Gewicht darauf, daß auch formell eine wechselseitige Interzession, eine eigentliche Bürgschaft abgeschlossen sei. Darin geht er nun m. E. entschieden zu weit; ob die gemeinsamen Schuldner gerade sagen, sie verbürgten sich unter einander in der Weise, daß auch jeder Einzelne von ihnen für das Ganze haften wolle, oder ob sie ohne Erwähnung der Bürgschaft nur einfach dem Gläubiger zusichern, daß Jeder von ihnen für das Ganze einstehen werde, kann gewiß keinen so wesentlichen Unterschied begründen, wie Dedekind ihn statuiren will; nach jeder der beiden Ausdrucksweisen nimmt Jeder der Schuldner auch die Schuld der Uebrigen auf sich, und gerade nur dieses materielle Element, nicht die Form der Bürgschaft ist es, was durch das Wort ἀλληλεγγύως ausgedrückt werden soll. (Was noch die neue Auslegung des cap. 1. pr. anbelangt, welche Dedekind mit Eifer vertheidigt, daß nämlich mit den Worten: οὐκ εὐθὺς μέντοι bis καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται nur der Inhalt des Vertrags der Wechselbürgen angegeben werden solle, und daß der Nachsatz, welcher die Neuerung Justinian's enthalte, erst mit den Worten: χωρεῖν δὲ κ. τ. λ. beginne: so halte ich dieselbe für schlechthin unzulässig. Nach Dedekind würde die Uebersetzung so lauten:

> „Wenn aber auch ein solcher Zusatz [daß nämlich auch Einer von ihnen für das Ganze haften solle] gemacht sein sollte, so soll zwar der Vertrag, daß nicht gleich von Anfang an Jeder auf das Ganze, sondern vorläufig nur auf den ursprünglichen Schuldtheil angegriffen werden dürfe, aufrecht erhalten werden, aber der Gläubiger muß auch die Uebrigen angreifen, wenn dieselben nämlich auch solvent und gegenwärtig sind".

Der Vertrag, welchen die Wechselbürgen mit dem Gläubiger abgeschlossen haben, lautet nach Dedekind's eigner Auffassung so: „wir verbürgen uns wechselseitig in solidum", und der Inhalt dieses Vertrags sollte nun von Justinian dahin angegeben worden sein, daß nicht der Einzelne von Anfang an in solidum

haftbar sei? Zwar meint Dedek., das σύμφωνον beziehe sich nicht auf den ganzen Vertrag, sondern nur auf das Versprechen der wechselseitigen Verbürgung, ganz abgesehen von dem Zusatz in solidum, aber die Unzulässigkeit dieser Auffassung bedarf wohl für den Unbefangenen keiner besondren Ausführung. Und welchen wunderlichen Nachsatz dichtet Dedekind's Auslegung dem Kaiser an! Justinian soll darnach sagen: „Zwar soll der Vertrag, wonach Jeder vorläufig nur für seinen Theil belangt werden kann, aufrecht erhalten werden, aber — der Gläubiger muß auch die Uebrigen angreifen, wenn nämlich dieselben auch solvent und gegenwärtig sind". Freilich sucht Dedekind die Ungereimtheit dieses Nachsatzes in seiner Uebersetzung durch ein eingeschaltetes „tum solum" einiger Maaßen zu verdecken, aber im Originaltexte steht davon nichts. — Wenn sich Dedek. noch insbesondre auf den spätern Passus des Gesetzes beruft: „οὕτω γὰρ κἀκείνοις φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος, καὶ οὐδεμίαν ὑποστήσεται ζημίαν ὁ ἐνάγων", und darin eine wesentliche Stütze für seine Auslegung finden will: so gebe ich zwar unbedingt zu, daß wirklich κἀκείνοις, und nicht, wie Manche wollen, κἀκείνῳ gelesen werden muß, aber Dedek. beachtet offenbar nicht genug, daß hier nicht von σύμφωνον, sondern von συμφώνου τρόπος die Rede ist. Darnach ist der Gedanke des Kaisers offenbar nur der, daß durch den von ihm eingeschlagenen Mittelweg der Vertrag, zwar nicht buchstäblich, sondern nur mit einer zu Gunsten des Schuldners zugelassenen Modifikation, aufrecht erhalten werde, jedoch mit einer Modifikation, welche für den Gläubiger gar keinen Nachtheil herbeiführe. So aufgefaßt verliert aber dieser Passus alle Beweiskraft für die Dedekind'sche Interpretation. Auch die neue Darstellung Dedekind's im Arch. S. 287 fgg. hat mich von der Richtigkeit seiner Auslegung nicht zu überzeugen vermocht). —

Anm. 5. Was die Erlöschungsgründe der Korreal-Obl. anbelangt, so gilt dabei, wie schon oben in Anm. 1. angedeutet wurde, das aus der Natur der Sache hervorgehende Prinzip, daß jede Begebenheit, welche den objektiven Bestand der obligatio aufhebt, die ganze Korreal-Obl. vernichtet, wenn dieselbe auch nur in der Person Eines der Theilnehmer eintritt, während diejenigen Begebenheiten, welche nur die subjektive Beziehung des einen Theilnehmers zu der obligatio berühren, auch nur das Ausscheiden des einzelnen Theilnehmers aus dem obligatorischen Verhältnisse herbeiführen. Die folgenden Haupt-Beispiele für den einen und den andern dieser beiden Sätze werden dieselben zugleich beweisen und erläutern.

I. Zahlung, Kompensation, Novation, Acceptilation, Eid, Konstitutum und prozessualische Konsumtion führen das Erlöschen der gesammten Korreal-Obl. herbei, wenn sie auch nur in der Person eines der Theilnehmer eintreten, l. 7. §. 1. de except. (44, 1), l. 2. h. t., l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), l. 16. pr. de accept. (46, 4), l. 28. §. 1. 3, l. 42. §. 1. 3. de jurejur. (12, 2), l. 10 de pec. const. (13, 5). Ueber einige dieser Erlöschungsarten sind jedoch noch etwas ausführlichere Erörterungen zuzufügen:

1) In Betreff der Kompensation ist freilich soviel gewiß, daß sie, wenn sie wirklich durchgesetzt ist, ganz wie Zahlung gilt, und also dadurch die ganze obligatio für alle Theilnehmer vernichtet wird, vgl. l. 4. qui potior.

in pign. (20, 4). Wenn dagegen nur eine kompenſabele Gegenforderung Eines der correi debendi, oder gegen Einen der correi credendi vorhanden iſt, ſo darf ſich darauf von Seiten eines andren correus debendi oder gegen einen andren correus credendi nicht berufen werden, und dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn die mehreren correi *debendi* in einem Sozietätsverhältniß ſtehen, indem in dieſem Falle allerdings der Eine mit der Gegenforderung des Andren abrechnen kann, l. 10. h. t.:

> *Papinian.* „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet".

Dies darf aber ſchwerlich auch auf den Fall ausgedehnt werden, wenn correi credendi in einem Sozietätsverhältniß ſtehen, und der Schuldner gegen Einen von ihnen eine Gegenforderung zu machen hat. Hier braucht ſich der Andre trotz des Sozietäts-Verhältniſſes doch die Abrechnung nicht gefallen zu laſſen, obwohl freilich Manche andrer Meinung ſind. Es verhält ſich aber hier ähnlich ſo, wie in dem weiter unten (II 2) zu erörternden Falle, wenn von Einem der mehreren correi credendi socii ein pactum de non petendo abgeſchloſſen iſt, vgl. auch Braun's Erörtr. S. 244, Krug, Kompenſ. S. 160 fgg., Hartter, Komp. S. 55 fgg., Kritz, Rechtsf. III. S. 240 fgg., Savigny S. 168 fg., Dernburg, Komp. S. 408 fg., *Demangeat* p. 283 suiv. u. A. m. Die neuerlich von Unterh. I. S. 556. a. E. u. S. 557. vertheidigte Meinung, daß bei der aktiven Korreal-Obl. dem Schuldner vielmehr ganz allgemein geſtattet werden müſſe, Schuldforderungen gegen einen Gläubiger auch gegen einen Andren zu benutzen, ſelbſt wenn dieſelben nicht socii ſeien, iſt wohl gewiß unhaltbar, und der dafür in Not. m. angegebene Grund: weil man die Wahl habe, an den einen oder andren Gläubiger die Schuld abzutragen, ſo müſſe man auch gegen den einen oder andren abrechnen können, bedarf keiner beſondren Widerlegung.

2) Daß durch Novation des einen correus credendi oder mit Einem der correi debendi die geſammte Korreal-Obl. erlöſche, hat die Natur der Sache jedenfalls für ſich, und gründlich wird auch dieſes Dogma ausgeführt von Venulejus in l. 31. §. 1. de novat. (46, 2):

> „Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem; ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae, si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit [cf. l. 8. C. de novat. 8, 42; a. M. ſind Huſchke in Gieß. Zeitſchr. N. F. II. S. 153 fgg., Arndts, Lehrb. §. 268. Anm. 10, Rückert a. a. O. S. 15. 41, Helmolt S. 142. Not. 24, Baron S. 329 fgg., vgl. aber dagegen Savigny S. 165 fgg., Fitting S. 49, Salpius, Novat. S. 202 fgg., Salkowski, Novat. S. 351 fgg., *Demangeat* p. 53 suiv., Fritz XIX. S. 72 fg.], eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni

existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur". (Die Konjektur von Huschke a. a. O., welcher am Ende der Stelle lesen will: „aut mulier *eundem* jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti *debitum* promiserit", vgl. auch Arndts cit. und Rückert S. 43 fg., ist gewiß nicht nothwendig und widerspricht den Basiliken XXVI. 4. fr. 31. §. 1).

Vgl. auch arg. l. 20. ad SC. Vellej. (16, 1). Ob und wie aber hiermit die l. 27. pr. de pactis (2, 14) in Einklang gebracht werden könne, ist der Gegenstand unsäglichen Streites. Paulus sagt dort nämlich so:

„Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur;* sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*".

Meiner Ueberzeugung nach ist schlechthin kein Widerstreit zwischen diesen Stellen vorhanden, und zwar sind zwei verschiedene Auslegungen möglich, deren jede geeignet ist, die scheinbare Antinomie zu beseitigen. Die erste ist folgende: Paulus beschäftigt sich in l. 27. cit. ex professo mit der Frage, ob ein pactum de non petendo, welches ein argentarius socius mit dem gemeinsamen Schuldner abschließt, auch gegen den Andern wirksam sei? und diese Frage verneint er mit Berufung auf mehrere Auktoritäten, unter denen namentlich auch Labeo sich befindet, welcher noch ein spezielles Argument für jene Meinung aus dem Umstande entlehnt, weil ja auch ein Argentarius nicht einmal zum Nachtheil des Sozius eine Novation vornehmen könne. Nachdem nun in dieser Weise Paulus die Frage über die Wirksamkeit des pactum remissorium von Seiten eines Argentarius absolvirt hat, fügt er am Schlusse hinzu: *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*, mit welchen Worten dann sicherlich nichts weiter gesagt ist, als daß auch bei Korreal-Gläubigern der Nachlaßvertrag des Einen dem Andren nichts schade; denn es ist doch gewiß natürlich, daß diese Zusammenstellung der argentarii socii und der Korreal-Gläubiger sich nicht auf den nur ganz beiläufig zur Sprache gebrachten Inzidentpunkt in Betreff der Novation, sondern auf die ex professo behandelte Frage in Betreff des pactum de non petendo bezieht; vgl. auch *Voet*, comm. ad Pand. lib. XLV. tit. 2. §. 5, Braun's Erörtr. S. 237 fgg., Göschen, Vorles. §. 457, Savigny S. 173 fgg. Da nun aber doch nach dieser Erklärung angenommen werden müßte, daß wenigstens der *argentarius socius* nicht noviren dürfe, dies aber jedenfalls eine Singularität sein würde, da im Uebrigen argentarii und eigentliche Korrealgläubiger nach denselben Grundsätzen behandelt zu werden pflegen, so scheint mir eine zweite Erklärung noch zutreffender, indem wir dadurch auch von jener Anomalie in Betreff der argentarii befreit werden. Es

iſt nämlich gar nicht nothwendig, daß wir das „*alium*“ gerade auf Einen der argentarii socii beziehen, ſondern wir können es allgemein von „irgend Jemanden außer den argentarii“ verſtehen, ſo daß Labeo mit den Worten: nam nec novare etc. gerade nur eben das ſagen will, was in ganz ähnlicher Weiſe Celſus in l. 25. de novat. ausſpricht daß es nämlich Fälle gebe, wo Jemand zwar zur Annahme einer Zahlung, aber dennoch nicht zur Vornahme einer Novation berechtigt ſei; und dieſe Bemerkung Labeo's ſteht dann mit dem Vorhergehenden in dem guten Zuſammenhang, daß damit angedeutet werden ſoll, es dürfe von dem Rechte der Argentarii, Zahlung anzunehmen, um ſo weniger auf das Recht, einen Nachlaßvertrag abzuſchließen, geſchloſſen werden, da es ſogar Fälle gebe, wo Jemand, obwohl an ihn gezahlt werden dürfe, nicht einmal noviren könne, während doch die Novation der Zahlung noch viel näher ſtehe, als der Nachlaßvertrag. Dieſe Erklärung, die mir die einfachſte zu ſein ſcheint, und die jedenfalls zu den genügendſten Reſultaten führt, iſt ſchon von mehreren Aelteren, wie es ſcheint, unabhängig von einander vertheidigt worden, vgl. z. B. *Pacius*, *Ἐναντιοφανῶν* centur. I. nr. 96, *Leonin.*, Emend. V. 17, *Noodt*, de pact. et transact cap. ult., und hat in neuerer Zeit auch an *Hübel*, reus stipul. num paciscendo et novando correo noceat? Lips. 1822. p. 48 sqq. und *Kraut*, de argentar. p. 44 sqq. Anhänger gefunden. — Unter den zahlreichen abweichenden Anſichten verdienen noch folgende wenigſtens angeführt zu werden: a) Viele halten unſre beiden Stellen für gänzlich unvereinbar, pflegen aber dann doch der l. 31. cit. den Vorzug vor der l. 27. cit. zu geben, bald, weil in ihr die neuere, in der l. 27. aber die ältere, ſpäter verworfene Theorie vorgetragen werde, bald, weil die Anſicht des Venulejus in l. 31 cit. die konſequentere und dem Weſen der Korrealobl. allein angemeſſene ſei, bald weil in der l. 31. cit. die ganze Frage ex professo, in der l. 27. cit. aber nur ganz incidenter abgehandelt werde, vgl. *Cujac.*, obss. XXII. 6, *A. Faber*, conj. jur. civ. lib. XI. c. 18, *Bachov* ad Treutler. vol. II. Pars. II. p. 876 sqq., *Wissenbach*, Exercitt. ad Pand. P. II. disp. 28. th. 10. *Smallenb.* in Schult. Notae ad Dig. tom. I. p. 350 sqq. not. 4, Fritz zu Mening Band II. S. 414 fgg., Sintenis cit. S. 142. Not. 10, *Demangeat* p. 306 suiv. — b) Andre wollen durch ganz willkürliche Diſtinktionen helfen, und ſo unterſcheidet namentlich *Rich. Salicetus*, Lectur. ad Dig. ad legg. citt. zwiſchen correi stipulandi *socii* und *non socii*; den Erſteren ſtehe allerdings das jus novandi zu, und davon ſei die l. 31. cit. zu verſtehen; den Letztren aber müſſe es verſagt werden, und davon allein rede die l. 27. cit. Gerade die umgekehrte Meinung vertheidigen dagegen *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 25. und *Schilter*, exercitt. ad Pand. exerc. VIII. §. 31, indem ſie den correi *socii* mit Berufung auf l. 27. cit. das jus novandi verſagen, es aber den correi *non socii* wegen l. 31. cit. einräumen; ſ. auch Helmolt S. 157, Sintenis 2. Aufl. §. 89. Anm. 18. Vgl. gegen dieſe ganz haltloſen Meinungen *Hübel* cit. §. 12. 13. (p. 41 sqq.). c) Unterholzner I. S. 623. äußert ſich dahin, daß zwar wohl bei der paſſiven Korreal-Obl. die Novation mit Einem der Korrealſchuldner auch die Uebrigen liberire, während umgekehrt nicht behauptet werden könne, daß auch bei einſeitiger Auf-

hebung der gemeinschaftlichen Schuldberechtigung die Befugniß der Mitberechtigten wegfalle; für den ersten Satz führt Unterh. die l. 31. §. 1. cit., und für den zweiten die l. 27. pr. cit. als Beleg an. Augenscheinlich redet aber die l. 31. ganz eben so gut von der aktiven Korreal-Obl., wie die l. 27. auch, und es ist daher schwer zu begreifen, wie durch Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Korreal-Obl. die beiden Stellen in Einklang gebracht werden könnten.

3) Ob zur Zeit der Pandektisten eine Korreal-Obl. durch Litis-Kontestation von Einem der correi credendi oder mit Einem der correi debendi zerstört worden sei, war unter unsren Juristen bis zur neuesten Zeit hin streitig; vgl. Ribbentrop S. 2 fgg. Hält man das bisher entwickelte Wesen der Korreal-Obl. fest, daß dabei nur eine einzige Obligation angenommen werden darf, und bedenkt man, daß vor Justinian stets durch Litis-Kontestation die klagbar gemachte Obligation novirt wurde (Bd. I. §. 160. Anm.), so versteht es sich ganz von selbst, daß durch die Klage des einen correus credendi oder gegen einen correus debendi nothwendig die ganze Korreal-Obl. konsumirt wurde; denn da nur eine einzige obligatio da ist, so ist diese in ihrem vollen Umfange durch die eine Klage in judicium deduzirt. Dies Resultat geht denn auch aus einer ganzen Reihe unzweideutiger Pandektenstellen hervor, vgl. l. 2, l. 16. h. t., l. 116. de V. O. (45, 1), l. 5. de fidej. (46, 1), l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), l. 1, l. 14. ratam rem haberi (46, 8), und namentlich wird dadurch auch sehr entschieden die schon oben beiläufig berührte Behauptung Brackenhöft's, Ident. und Konner. S. 153. Not. widerlegt, daß bei der passiven Korreal-Obl. eine solche prozessualische Konsumtion nicht vorgekommen sei, denn die l. 2. h. t. spricht augenscheinlich von der aktiven und passiven Korreal-Obl. zusammen, und die l. 116. de V. O. redet gerade von der passiven, wozu noch kommt, daß die l. 28. C. de fidej. (8, 41) jene prozessualische Konsumtion gerade bei der passiven Korreal-Obl. auf das Bestimmteste voraussetzt. Die einzige Stelle, auf welche sich Brackenhöft mit einigem Scheine stützen kann, ist die l. 8. §. 1. de legat. 1. („ut, cum si uno actum sit *et solutum*, alter liberetur"), aber es kann nicht zweifelhaft sein, daß die unterstrichenen Worte: et solutum erst durch die Kompilatoren mit Rücksicht auf l. 28. C. de fidej. eingeschoben worden sind, vgl. Ribbentrop S. 42 fgg., Savigny S. 183. not. g. Für die Zeit der Pandektisten muß also für jede Korreal-Obl., sowohl für die passive, als für die aktive, die Zerstörung der ganzen obligatio durch den Prozeß mit Einem der Korrealgläubiger oder Korrealschuldner angenommen werden, und wenn manche Neuere leugnen, daß dieses ein Ausfluß des Prinzips der Prozeß-Konsumtion gewesen sei, vgl. bes. Fitting S. 58 fgg., Fritz XIX. S. 92 fgg., so wird dies, abgesehen von allem Andren, schon durch die Ausdrucksweise der oben angeführten Quellenstellen widerlegt, vgl. bes. l. 5. de fidejuss.

„plane si ex altera earum egerit, *utramque consumet*, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut *quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur*",

und l. 31. de novat.:

„Fere autem convenit, et uni recte solvi, et *unum judicium petentem totam rem in litem deducere*".

Die angeblich das Gegentheil aussprechenden Gesetze, durch welche die Kontroversen der älteren Juristen über unsere Frage herbeigeführt wurden, erklären sich sehr einfach dadurch, daß sie sämmtlich nicht von eigentlicher Korreal-Obl., sondern von Fällen blos solidarischer Verbindlichkeiten reden (vgl. den Schluß dieser Anm.).

Obwohl nun aber, wie gesagt, es unzweifelhaft das Prinzip der Prozeßkonsumtion war, welches die Aufhebung der gesammten Korr.-Obl. herbeiführte, so wirkten dabei doch auch noch andre Gesichtspunkte mit, und zwar vorzugsweise der Gedanke, daß der Gläubiger durch Erhebung des Prozesses sein Recht der Elektion und bzw. Prävention geltend mache, vgl. die zahlreichen Zitate bei Fitting S. 186 fgg., und daraus erklärt es sich wohl am Einfachsten, daß man auch dann, als das Prinzip der Prozeßkonsumtion schon weggefallen war, doch noch an dem Satz festgehalten zu haben scheint, daß durch Erhebung des Prozesses die ganze Korr.-Obl. aufgehoben werde. Wenigstens hat sich Justinian bewogen gefunden, in einer besondren Konstitution, nämlich in l. 28. C. de fidej. (8, 41), diesen Satz für die passive Korr.-Obligation speziell aufzuheben, und Statt dessen zu verordnen, daß die übrigen Schuldner nicht schon durch den Prozeß gegen den Einen, sondern nur erst durch die Befriedigung des Gläubigers liberirt werden sollen. Von der aktiven Korr.-Obl. spricht der Kaiser hier mit keinem Worte, aber dennoch nehmen nicht Wenige an, daß man auch für diese das frühere Recht in Betreff der Litiskontestation als aufgehoben ansehen müsse, denn da dasselbe bei der aktiven Korr.-Obl. nicht weniger, wie bei der passiven, eine Folge des Prinzips der Prozeßkonsumtion gewesen sei, so verstehe es sich im Grunde ganz von selbst, daß mit dem Wegfallen dieses Prinzips die sämmtlichen Konsequenzen desselben weggefallen seien, vgl. z. B. Wächter, Erörtr. H. 3. S. 58, Buchka, Einfl. des Proz. auf die mat. R. Bd. II. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 183. Not. f., Sintenis §. 89. Not. 53, Brinz, Lehrb. I. S. 620. Ich kann diese Argumentation nach dem oben Bemerkten nicht für entscheidend halten. Ungeachtet der Aufhebung des Prinzips der Prozeß-Konsumtion ließ man ja doch, weil auch andre materielle Gründe mit einwirkten, den Einfluß der Litiskontestation auf die Korr.-Obl. fortbestehen, und wenn sich nun doch später Justinian veranlaßt sah, dieses Recht für die passive Korr.-Obl. aufzuheben — nicht etwa, weil es eine Folge der aufgehobenen Prozeß-Konsumtion sei, sondern lediglich, wie der Kaiser in seiner Motivirung sagt, weil es eine große Härte für den Gläubiger mit sich führe, und dem vermuthlichen Willen der Interessenten widerspreche —: so kann daraus doch gewiß nicht gefolgert werden, daß dasselbe auch für die aktive Korr.-Obl. gelten solle, und zwar um so weniger, da für diese die vom Kaiser angeführten Motive gar nicht zutreffen. Dazu kommt auch noch der sehr entscheidende äußere Grund, daß gerade für die aktive Korr.-Obl. in einer Mehrzahl ganz bestimmter Pandektenstellen der alte Grundsatz mit Entschiedenheit ausgesprochen wird, vgl. bes. l. 2. h. t., l. 5. fin. de fidej. (46, 1), l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), und bes. l. 16. h. t., während für die passive Korr.-Obl. zwar auch Spuren des alten Rechts vorkommen — weil es Trotz angewandter Mühe doch fast unmöglich war, dieselben ganz zu verwischen —, aber keine

einzige Stelle angeführt werden kann, in welcher das frühere Recht direkt als geltendes anerkannt wäre. Mit Recht spricht sich daher auch die Mehrzahl der neueren Zivilisten für diese Ansicht aus, vgl. z. B. Fritz zu Wening II. S. 187 fgg., Göschen §. 172. a. E., Puchta §. 235. not. g., Arndts §. 271. Anm. 4, Unger, System II. S. 536 fg. Not. 14, Windscheid §. 296. Not. 1, — Fitting S. 237 fgg., *Demangeat* p. 83 suiv., Samhaber S. 137 fgg., Fritz XIX. S. 92 fgg., Baron S. 371. — Von dem Einfluß der *res judicata* auf Korreal-Obligationen ist schon früher die Rede gewesen, vgl. Bd. I. §. 173. Anm geg. E. (S. 287); vgl. darüber noch außer den dort Angeff. Fitting S. 70 fgg., *Demangeat* p. 95 suiv., Baron S. 371 fgg., Fritz XIX. S. 106 fgg.

II. *Pactum de non petendo, capitis deminutio, in integrum restitutio, confusio* und *liberatio legata* heben nicht die ganze Korreal-Obl. auf, sondern scheiden nur den einen Theilnehmer, in dessen Person eine solche Begebenheit eintritt, von der Korr.-Obl. aus, l. 21. §. 5, l. 22—27, l. 32. de pact. (2, 14), l. 9. §. 1. h. t., l. 7. §. 1. de except. (44, 1) — l. ult. h. t. — l. 48. pr. de minorib. (4, 4) — l. 71. pr. de fidej. et mand. (46, 1) — l. 3. §. 2. de liberat. leg. (34, 3). Und eben so kann auch nicht bezweifelt werden, daß, wenn das Forderungsrecht des einen Gläubigers durch *concursus causarum lucrativarum*, oder durch wegfallendes Interesse, oder durch Verwirkung zur Strafe weggefallen ist, dies auf die obligatio der übrigen Korrealgläubiger keinerlei Einfluß hat, obwohl mir spezielle gesetzliche Aussprüche hierüber nicht bekannt sind. — Ueber zwei der vorher angeführten Erlöschungsgründe sind jedoch noch einige besondre Bemerkungen hinzuzufügen, nämlich über die *confusio* und das *pactum de non petendo*. Was nämlich

1) die *confusio* anbelangt, so ist bei ihr der Grundsatz entscheidend, daß dadurch nicht die obligatio objektiv zerstört, sondern im Grunde nur für den einen correus, in dessen Person die confusio eintritt, die Erfüllung unmöglich wird, weil natürlich Niemand an sich selbst Zahlung leisten kann, und eben daraus erklärt es sich, daß dadurch nicht auch die Obligation für die übrigen correi aufgehoben wird, l. 71. pr. de fidej. (46, 1):

> *Paulus*, „— — Sed quum duo rei promittendi sunt, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset obligatio, an persona tantum exemta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis *eximi personam — — — igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari*".

Doch sind die Ansichten über den Grund dieser Entscheidung sehr von einander abweichend, vgl. bes. Girtanner, Bürgsch. S. 504 fgg., Kuntze S. 217 fgg., *Demangeat* p. 284 suiv., Fitting S. 103 fgg., Samhaber S. 118 fgg., Baron S. 335 fgg., Siebenhaar S. 44 fgg. — Standen jedoch die Korrealschuldner in einem Sozietätsnexus, so darf allerdings nach eingetretener confusio der Gläubiger nicht das Ganze fordern, sondern der belangte Schuldner behält sogleich seinen Sozietätsantheil zurück, und wenn also z. B. A. und B. als correi promittendi dem C. 1000 schuldig sind, und C. stirbt mit Hinter-

lassung des Erben B., so kann dieser Letztre als Erbe des C. die vollen 1000 von dem A. fordern, es müßten denn A. und B. socii gewesen sein, in welchem Falle A. blos 500 an den B. zu leisten hat, um unnöthiges Hin- und Herzahlen zu vermeiden, l. 71. pr. cit. geg. E.: „— — cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, *vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere*". — Daß, was Paulus in dem cit. Fragment bei der passiven Korreal-Obl. entwickelt, ganz eben so auch auf die aktive angewendet werden muß, wird wohl mit Recht von den weit Meisten unbedenklich angenommen, obwohl sich jetzt doch Arndts in Weiske's Rechtsler. IV. S. 19. Anm. 140. und Lehrb. §. 273. Anm. 2. und Fitting S. 203 fg. dagegen ausgesprochen haben; s. aber Samhaber S. 136 fg., Baron S. 356 fgg., Fritz XIX. S. 76 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 295. Anm. 9.

2) In Betreff des Nachlaßvertrags muß zwischen der passiven und aktiven Korreal-Obl. unterschieden werden. Betrachten wir also zunächst:

a) den Fall, wenn der Gläubiger mit Einem von mehreren Korrealschuldnern ein pactum de non petendo abgeschlossen hat. Ist ein solcher Vertrag streng persönlich abgefaßt, hat er also eine ganz individuelle Beziehung auf die Person des paziszirenden reus (pactum de non petendo *in personam*), so versteht es sich von selbst, daß sich darauf der andere Korrealschuldner niemals berufen kann, selbst nicht, wenn derselbe mit dem paziszirenden correus in einem Sozietätsverhältniß stehen sollte, l. 25. §. 1. de pact. (2, 14), und auf ein solches pactum in personam bezieht sich auch die l. 3. §. 3. de liberat. leg. (34, 3), coll. l. 5. pr. §. 1. eod. Ist aber das pactum de non petendo *in rem* abgeschlossen, also ohne solche spezielle Beziehung auf die Person des Paziszenten, dann entscheidet das Prinzip, welches Paulus in l. 21. §. 5. de pact. (2, 14) aufstellt:

> „In rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit"

oder, wie derselbe Paulus es in l. 23. eod. ausdrückt:

> „Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat".

Daraus folgt aber von selbst, daß, wenn die Korrealschuldner in keinem Sozietätsverhältniß stehen, also sich einander zu entschädigen nicht verpflichtet sind, das pactum de non petendo des Einen den Uebrigen nichts nützen kann, eben weil es dem paziszirenden correus gleichgültig ist, ob die Andren Zahlung leisten, oder nicht. Steht aber der paziszirende correus mit dem andren correus in einem Sozietätsnexus, so steht in Gemäßheit des obigen Grundsatzes allerdings auch dem nicht paziszirenden correus eine Einrede aus dem pactum des Andren zu, denn diese Einrede hat hier den verständigen Zweck, den Gläubiger zur Erfüllung seines Versprechens anzuhalten. Wäre nämlich der nicht paziszirende correus in einem solchen Falle verpflichtet, die Forderung des Gläubigers zu befriedigen, so würde er sogleich seinen Regreß gegen den andren correus nehmen, und der Kreditor würde also doch der That nach den correus angreifen, von welchem er nichts haben zu wollen versprochen hat. Daraus geht denn auch von selbst hervor, daß der Nichtpaziszirende die Klage auch nicht etwa blos zur

Hälfte, ſondern ganz entkräften kann; denn wenn er auch nur die Hälfte zahlte, oder einen noch kleineren Theil, ſo würde er doch ſtets pro rata den andren correus ausklagen, und dieſer würde alſo immer etwas zu geben ſchuldig ſein, von was ihn doch der Kreditor entbunden hat. Vgl. außer den ſchon zitt. Geſetzen auch noch l. 25. pr. de pactis (wo das *sociis* nicht blos mit duobus argentariis, ſondern auch mit duobus reis promittendi verbunden werden muß), l. 9. §. 1. h. t., l. 7. §. 1. de except. (44, 1). — Von dieſen Grundſätzen gehen auch die meiſten älteren und neueren Juriſten aus, vgl. z. B. *Cujac.*, comm. in libr. III. Paul. ad Edict. ad l. 25. de pact. (in opp. tom. V. p. 66); *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 15. nr. VIII sqq. (in opp. tom. IV. p. 1015 sqq.), *A. Faber*, conj. lib. XI. c. 18, *Noodt*, de pact. cap. ult. (in opp. Lugd. 1724. tom. I. p. 562), *Vinnius*, sel. quaest. lib. I. cap. 6. — Thibaut in Braun's Erörtr. S. 238 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 493, Wening, Lehrb. §. 249, Fritz zu Wening II. S. 420, Göſchen, Vorl. §. 447. gegen E. (S. 233), Unterh. I. S. 485, Savigny S. 176 fg., *Demangeat* p. 289 suiv., Fitting S. 93 fgg., Baron S. 293 fgg., Fritz S. 89 und viele Andre mehr. Doch weichen die beiden neueſten ausführlicheren Abhandlungen über unſre Frage in einigen weſentlichen Punkten ab. So vertheidigt namentlich v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des röm. Rechts Th. II. Abh. 19. die Anſicht, daß ein pactum de non petendo *in rem* immer ſämmtlichen Korrealſchuldnern nütze, auch wenn ſie nicht socii ſeien, das pactum de non petendo *in personam* aber freilich der Regel nach auf den paziſzirenden correus beſchränkt bleibe, und nur inſofern auch von dem andern correus *socius* benutzt werden dürfe, daß er dem klagenden Gläubiger nicht das Ganze, ſondern nur den auf ihn fallenden Sozietäts-Antheil zu leiſten brauche. Dagegen ſtimmt Guyet, Abh. aus dem Geb. des Zivilr. N. 11. S. 280 fgg. im Weſentlichen mit unſren obigen Ausführungen überein, und weicht nur inſofern davon ab, daß er annimmt, das pactum de non petendo in rem des einen correus socius befreie den Andren nicht in solidum, ſondern nur für die Rate, welche auf den paziſzirenden correus fallen würde. Es ſcheint mir, daß nach den obigen Ausführungen weder die eine, noch die andre dieſer abweichenden Anſichten einer beſondren Widerlegung bedürfe.

b) Wenn dagegen einer von mehreren Korrealgläubigern mit dem Schuldner einen Nachlaßvertrag abſchließt, ſo muß ganz allgemein, und ohne Unterſcheidung zwiſchen pactum in rem und in personam, behauptet werden, daß der andre correus ſich daraus keine Einrede gefallen zu laſſen braucht, und ſelbſt die Ausnahme, welche im Falle der Sozietät bei der paſſiven Korreal-Obl. anzunehmen iſt, muß hier hinwegfallen, denn dort kann immer dem klagenden Gläubiger entgegen gehalten werden, er wolle durch Winkelzüge ſein Verſprechen umgehen, während hier, wo der klagende correus gar nicht paziſzirt hat, eine ſolche Einrede von ſelbſt hinwegfällt. Dies iſt denn auch der klare Inhalt der l. 27. pr. de pactis (ſ. oben S. 89), und daſſelbe Reſultat geht auch aus l. 93. pr. de solut. (46, 3) hervor, vgl. auch *Cujac.*, obss. lib. XXII. c. 6, comm. in libr. III. Paul. ad Edict. ad l. 27. de pact. (in opp. tom. V. p. 67 sqq.), *Hübel*, reus stip. num. paciscendo et nov. correo noceat?

cap. II, beſ. §. 8. (p. 29 sqq.), Guyet a. a. O. S. 271 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 238 fgg., Mühlenbruch, Wening, Fritz, Göſchen, Unterh., Savigny, *Demangeat*, Fitting a. d. angeſſ. OO. — Obwohl nun aber dieſe Anſicht eben ſo ſehr der Natur der Sache, als den Geſetzen entſpricht, ſo ſind doch auch ſchon ſehr davon abweichende Meinungen vertheidigt, und zwar verdienen folgende hier angeführt zu werden: 1) *A. Faber*, conj. lib. XI. c. 18. und Rational. ad l. 27. pr. de pact. — und ihm ſtimmt auch *Noodt*, de pact. cap. ult. bei — will, beſonders um den angeblichen Widerſpruch der l. 27. cit. mit der l. 34. pr. de rec. arb. (4, 8) zu beſeitigen, und auf die Analogie der Grundſätze über paſſive Korreal-Obl. ſich berufend, in l. 27. cit. das Wort *sociis* ausſtreichen, und kommt dadurch zu dem Reſultate, daß auch dem nicht paziſzirenden correus credendi *socius* die exceptio pacti entgegengeſetzt werden könne; vgl. auch Baron S. 299. und Windſcheid, Lehrb. §. 295. Anm. 4. Jener angebliche Widerſtreit zwiſchen der l. 27. und l. 34. cit. iſt aber in der That gar nicht vorhanden, da in der letztren Stelle nicht etwa, wie Faber irrig meint, geſagt iſt, daß das Kompromiß des einen correus credendi socius auch für den andren bindend ſei, ſondern vielmehr nur, daß der kompromittirende correus die von ihm verſprochene Strafe nicht blos dann zahlen müſſe, wenn er ſelbſt, ſondern auch dann, wenn ſein correus socius die Forderung geltend macht, vgl. die vielen bei Schult. et Smallenb. ad l. 27. de pact. (tom. I. p. 350) Angeff., und ſ. auch *Hübel* cit. §. 3 sqq., Guyet a. a. O. S. 275 fgg. Da nun auch, wie ſchon oben angedeutet iſt, die Analogie der paſſiven Korreal-Obl. in keiner Weiſe zutreffend iſt, ſo fällt die Konjektur Faber's von ſelbſt als haltlos zuſammen. — 2) Noch unhaltbarer, und einer ernſtlichen Widerlegung unwerth, iſt die Meinung von *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 25. nr. I sqq, (in opp. tom. IV. p. 1011 sqq.) und ſeinem Scholiaſten *Hilliger* ad h. l. Dieſe kommen nämlich vermittelſt eines ganz unpaſſenden argum. a contrario aus der l. 27. pr. cit., und mit Berufung auf die auch nicht entfernt hierher gehörige l. 62. ad leg. Falcid. (35, 2) auf den wunderbaren, und der Faber'ſchen Lehre direkt entgegenſtehenden Satz, daß der Nachlaßvertrag des einen Korrealgläubiger auch die übrigen binde, wenn ſie nicht socii ſeien, daß aber im Falle der Sozietät die exceptio pacti dem andren Korrealgläubiger nicht entgegengeſetzt werden könne. Durch die Sozietät, ſo meint Donell eben mit Berufung auf die l. 62. cit., entſtehe gleichſam eine obligatio *divisa* unter den mehreren Korrealgläubigern, und daraus ſoll dann jene wunderliche Diſtinktion reſultiren! — 3) Sehr verbreitet endlich iſt die Mittelmeinung, daß dann, wenn die Korrealgläubiger im Sozietätsnexus ſtänden, der Nachlaßvertrag des Einen inſofern auch für den Andren wirkſam ſei, daß er das, was er jenem nach eingehobener Schuld herausgeben müßte, vom Schuldner nicht einklagen dürfe, Glück IV. S. 521. und die dort in Not. 70. Zitt. So billig aber auch dieſe Meinung iſt, ſo iſt ſie doch inkonſequent und in augenſcheinlichem Widerſpruche mit den oben angeführten Geſetzen.

Ich habe bisher die Grundſätze des Juſtinianiſchen Rechts über den Einfluß der pacta de non petendo auf Korreal-Obligationen entwickelt, und es fragt ſich ſchließlich nur noch, ob dieſelben auch noch h. z. T. anwendbar

seien? Es ist nämlich schon von manchen Aeltern, vgl. z. B. *Schilter*, exercitt. ad Pand. exerc. VIII. th. 31, *Struv.*, syntagma jur. civ. exerc. 47. lib. 46, tit. 4. §. 90. u. A., und in unsern Tagen besonders von Guyet a. a. O. S. 287 fgg. und Göschen, Vorl. §. 448, vgl. auch Fritz zu Wening Bd. II. S. 420 fgg., die Meinung vertheidigt worden, daß h. z. T. das einfache pactum de non petendo in rem wie die römische Acceptilation wirken müsse, in ähnlicher Weise, wie ja auch bei uns ein pactum nudum die Kraft einer römischen Stipulation habe; und daraus wird dann abgeleitet, daß ein bloses pactum de non petendo, wenn es auch nur von einem correus debendi oder credendi abgeschlossen sei, immer die ganze Korreal-Obl. vernichten müsse. Ich meines Theils muß diese Theorie als entschieden irrig ansehen. Denn ich halte es schon für unrichtig, unsre heutigen pacta nuda mit den römischen Stipulationen gleichsam zu identificiren, indem das Prinzip des deutschen Rechts nur dahin geht, daß h. z. T. die Verträge, um klagbar zu sein, nicht mehr besondrer Formen, namentlich der Stipulationsform bedürfen, keineswegs aber dahin, daß auch die eben aus jenen weggefallenen Formen hervorgehenden eigenthümlichen Grundsätze auf unsre formlosen Verträge übertragen werden dürften. Noch viel haltloser erscheint mir aber jene für unser heutiges Recht in Anspruch genommene Identifizirung der pacta de non petendo und der römischen Acceptilation, weil diese letztre gar kein wahrer Vertrag ist, und dabei augenscheinlich gar nichts versprochen, sondern dadurch unmittelbar das Forderungs-Verhältniß aufgehoben wird. Die römischen Grundsätze über den Einfluß der pacta de non petendo auf Korreal-Obligationen haben ihren Grund nicht etwa darin, weil dieselben in keiner zivilen Form abgeschlossen und darum minder wirksam gewesen seien — es würden vielmehr meiner Ueberzeugung nach dieselben Sätze angenommen worden sein, wenn Nachlaßverträge in die Form von Stipulationen gekleidet worden wären, z. B. spondesne, te nil petiturum esse? —, sondern jene Grundsätze gehen mit Nothwendigkeit aus der Vertragsnatur dieser pacta hervor, namentlich aus dem bekannten Prinzip, daß Verträge überhaupt nur unter den Paziszenten wirken; und die abweichenden Grundsätze der Acceptilation haben ihre Quelle nur eben darin, weil die Acceptilation kein Vertrag ist. Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, daß auch h. z. T. überall, wenn ein Nachlaßvertrag abgeschlossen wird, die Prinzipien des römischen Rechts über pacta de non petendo eintreten müssen, und es würde nur die Frage sein, ob es nicht auch h. z. T. eine, von solchen Nachlaß-Verträgen verschiedene Acceptilation gebe? eine Frage, auf die wir an diesem Orte natürlich nicht näher eingehen können (s. auch Girtanner, Bürgschaft S. 480 fgg.). Mit diesem Resultate, obwohl meist aus andren Gründen, stimmen auch die meisten Neueren überein, vgl. z. B. Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 45 fgg., v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pand. R. S. 299 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 242, Unterh. I. S. 484, Sintenis S. 143. Not. 71, Savigny S. 178. u. A. m. —

So viel von den Erlöschungsgründen der Korreal-Obligation. Vergleichen wir hiermit noch einen Augenblick die blos solidarischen Verbindlichkeiten, so müssen wir dabei, wie schon oben in Anm. 1. angedeutet wurde, von dem

leitenden Grundsatze ausgehen, daß keineswegs alle Ereignisse, welche den objektiven Bestand der obligatio affiziren, sondern nur diejenigen einen zerstörenden Einfluß auf das gesammte obligatorische Verhältniß äußern können, welche eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers mit sich führen. Zahlung und Kompensation müssen also hier natürlich gerade so, wie bei der Korreal-Obligation wirken. Anders dagegen verhielt es sich begreiflich mit der Litis-Kontestation, denn durch diese wurde natürlich auch schon vor Justinian gerade nur die eine obligatio des von dem Gläubiger Angegriffenen in judicium deduzirt, und die davon verschiedenen selbstständigen Obligationen der übrigen solidarisch Verpflichteten konnten dadurch also in keiner Weise konsumirt werden, vgl. l. 14. §. 15, l. 15. quod met. c. (4, 2), l. 1. §. 10, l. 2—4. de his, qui effud. (9, 3), l. 5. pr. de noxal. act. (9, 4), l. 3. pr. si mensor fals. mod. (11, 6), l. 5. §. 15. commod. (13, 6), l. 1. §. 43. depos. (16, 3), l. 18. §. 1, l. 42. de adm. tut. (26, 7), l. 1. §. 13. 17, l. 15, l. 21. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 7. §. 4, l. 8. quod falso tut. (27, 6), l. 1. §. 13. de vi (43, 16), l. 1. C. de cond. furt. (4, 8). So lange man den Unterschied zwischen eigentlicher Korreal-Obl. und blos solidarischer Verbindlichkeit so gut, wie ignorirte, mußte die Vereinigung dieser Stellen mit den oben S. 91. angegebenen gesetzlichen Aussprüchen über den Einfluß der Lit.-Kontestation auf Korreal-Obl. ein unaufgelöstes Räthsel bleiben, welches aber jetzt durch Ribbentrop's Scharfsinn in der genügendsten Weise seine Erledigung gefunden hat. Wenn nun auch dieser ehedem so scharf hervortretende Unterschied zwischen der passiven Korreal-Obl. und der solidarischen Verbindlichkeit durch Justinian's l. 28. C. de fidej. für das neueste Recht hinweggefallen ist (s oben S. 92), so muß doch in Betreff der *res judicata* und des Eides noch immer ein solcher angenommen werden, denn die Obligationen der Uebrigen können dadurch nicht erlöschen, sondern der Gläubiger hat beßungeachtet noch immer das Recht, diese andren Schuldner zu belangen, l. 25. §. 3. de fidej. (46, 1):

> *Papinian.* „Plures ejusdem pecuniae mandatores, si unus judicio eligatur, *absolutione quoque secuta non liberantur*, sed omnes liberantur pecunia soluta".

Dasselbe möchte wohl auch von der Acceptilation gesagt werden müssen, denn obwohl dieselbe bekanntlich ihren Wirkungen nach häufig mit der Zahlung verglichen wird, so entscheidet hier doch wohl der Umstand, daß sie in keinem Falle eine reelle Befriedigung des Gläubigers mit sich führt. Und was endlich die Novation anbelangt, so folgt aus unsrem obigen Grundsatze, daß dadurch die übrigen Schuldner so weit liberirt werden, als das Objekt der neuen obligatio quantitativ mit dem Objekte der früheren Obligation übereinstimmt, während der Mehrbetrag der früheren obligatio noch immer von den andren Debitoren eingetrieben werden kann, vgl. auch arg. l. 1. C. de transact. (2, 4):

> *Antonin.* „Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt, vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis", s. auch l. 15. de tut. et rat. distr. (27, 3),

welche Stellen um so beweisender für unsre Behauptung werden, wenn man erwägt, wie in solchen Verhältnissen dem Transacte so ganz gewöhnlich eine stipulatio Aquiliana (also eine Novation) vorauszugehen pflegte. Vgl. überhaupt Ribbentrop §. 28 und 29.

2) Eintritt in ein fremdes Obligations-Verhältniß.

A. Eintritt in ein fremdes Forderungsrecht vermittelst Zession.

Dig. XVIII. 4, Cod. IV. 39. de hereditate vel actione vendita. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 44. (in opp. tom. IV. p. 445 sqq.), *a Sande*, de actionum cessione. Francof. 1623 und öfter, *de Olea*, de cessione jur. et action. Col. Allobr. 1651 und öfter, *Lenz*, de nominib. et actionib. cessis. Lips. 1661, *Brunnemann*, de cessione actionum. Francof. ad Viadr. 1662 und öfter, Glück XVI. S. 479 fgg., Mühlenbruch, die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. Greifsw. 1817. 3. Aufl. 1836, *Worms*, de la cession des créances en droit Romain. Par. 1863, *Wiersma*, Bijdrage tot de Leer der Overdragt van Schuldvorderingen. Leiden 1863, Alb. Schmid, die Grundlehren der Zession. 2 Bde. Braunschw. 1863. 66. Vgl. auch noch Koch, die Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte — — nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts in genauer Vergleichung mit dem gem. R. Breslau 1837. S. 32 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslex. s. v. Cession (Bd. II. S. 636 fgg., auch in dessen kl. civ. Schr. Nr. 27), Unterh. I. S. 601 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. V. S. 41 fgg., *Molitor* III. p. 433 sqq., Kuntze, die Obligat. und die Singularsucc. S. 18 fg. S. 301 fgg., Windscheid, die actio S. 119 fgg., Bähr in Ihering's dogm. Jahrb. I. S. 351 fgg., Muther, actio S. 89 fgg., Windscheid, Abwehr S. 55 fgg., Salpius, Novation und Delegat. S. 341 fgg. — Sintenis, pract. Civilr. II. §. 128, Arndts, Lehrb. §. 254 fgg., Brinz, Lehrb. §. 130 fg., Windscheid, Lehrb. II. §. 328 fgg.

a) Begriff und Erfordernisse der Zession. §. 574.

1) *Gordian.* l. 3. C. de novat. (8, 42): Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis

causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

2) *Idem.* l. 1. C. de O. et A. (4, 10): Data certae pecuniae quantitate ei, cujus meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam, et ante, quam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

3) *Ulp.* l. 16. pr. de pact. (2, 14): Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a D. Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

4) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 8. C. h. t.: Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

5) *Iidem.* l. 5. C. quando fiscus (4, 15): In solutum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest; suo autem nomine utili actione recte utetur.

Anm. 1. Die Natur des Forderungsrechts, wie sich dasselbe im römischen Rechte entwickelt hat, bringt es mit sich, daß dabei eine eigentliche Singular-Succession nicht Statt finden kann. Zwar kann allerdings ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten treten, aber nur so, daß mit dem neuen Kreditor auch eine neue obligatio entsteht, und das frühere Forderungsrecht ganz zerstört wird (Delegation). Eben deßhalb aber, weil die alte Obligation hierdurch stets vernichtet wird, während man doch leicht ein Interesse daran haben kann, daß gerade sie erhalten werde, und nicht blos eine andre an ihre Stelle trete, und ferner, weil eine solche Delegation begreiflich nicht ohne Einstimmung und Mitwirkung des Schuldners vor sich gehen kann, konnte diese Art des Verkehrs mit Forderungen den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht genügen. Eine passende Aushilfe gewährten hier aber die Grundsätze über prozessualische Vertretung. Seit der Einführung des Formularprozesses brauchte man nämlich nicht mehr gerade in eigner Person einen Rechtsstreit zu führen, sondern es konnten Stellvertreter eintreten, in welchem Falle dann die formula so konzipirt wurde, daß zwar in der Intentio der ursprüngliche Gläubiger genannt, die Kondemnatio aber auf den Prokurator gerichtet war. Setzen wir also, der ursprüngliche Gläubiger heißt P. Maevius, der Prokurator aber L. Titius, so lauteten

die intentio und die condemnatio so: si paret, Numerium Negidium *Publio Maevio* X millia dare oportere, judex Numerium Negidium *Lucio Titio* X millia condemna, si non paret, absolve, Gai IV. 86. Damit hing aber natürlich zusammen, daß die durch die Litis-Kontestation entstehende neue Obligation nur für die Person des Prokurator begründet, daß dieser also, wie die Römer sagen, *dominus litis* wurde, l. 4. fin. de appell. (49, 1), l. 22. 23. C. de procur. (2, 13), und damit nur für ihn, nicht für den Prinzipal die Rechtsmittel aus dem Judikate erwuchsen, vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. 3, Keller, Lit.-Kont. und Urth. S. 304 fgg., Mühlenbruch §. 6. 7, Salpius S. 360 fgg., Schmid II. S. 4 fgg. Es leuchtet von selbst ein, wie so nahe es liegen mußte, dieses Institut auch als Mittel zu einem freiern Verkehr mit Forderungen zu benützen, zu einem Verkehr, der sich namentlich dadurch wesentlich von der schwerfälligen Delagation auszeichnete, daß dabei die Einwilligung des Schuldners schlechthin nicht erforderlich war. Man machte nämlich nur denjenigen, dem man ein Forderungsrecht übertragen wollte, durch ein mandatum agendi zu seinem Prozeß-Prokurator, und verzichtete dabei auf die Rechtsmittel, die man einem gewöhnlichen Prokurator gegenüber zu dem Zwecke hat, um das durch die Litis Kontestation begründete dominium litis für sich unschädlich zu machen. So entstand der Begriff eines *procurator in rem suam*, durch dessen Konstruirung man, freilich nothdürftig genug, die in der Natur der Sache liegende Unübertragbarkeit eines Forderungsrechts mit den Bedürfnissen des Rechtslebens, welches einen Verkehr mit Forderungen dringend erheischt, in Einklang brachte. Der Mandant (s. g. cedens) blieb ja trotz des ertheilten mandatum agendi noch fortwährend der wahre Gläubiger, und auf seine Person wurde ja auch die intentio gerichtet, so daß also dadurch jeder Gedanke an eine Succession ausgeschlossen war. Dennoch aber erlangte der *procurator in rem suam* (s. g. cessionarius) alle Vortheile der übertragenen Forderung, und zwar durch die Vermittelung des dominium litis mit großer Selbstständigkeit. Und bei alle dem blieb die rechtliche Lage des Schuldners (des s. g. debitor cessus) gänzlich unverändert, indem er ja gar keinen neuen Gläubiger erhielt und in kein neues Obligations-Verhältniß eintrat, sondern für ihn gerade Alles so blieb, wie wenn der Kreditor in eigener Person gegen ihn aufgetreten wäre; denn auch die durch die Litis-Kontestation neu begründete obligatio war natürlich dem Prokurator des Gläubigers gegenüber völlig eben so beschaffen, wie wenn sie dem Kreditor selbst gegenüber begründet wäre.

Völlig befriedigend war aber doch freilich die Zession in der Gestalt, wie wir sie bisher aufgefaßt haben, noch nicht, und zwar besonders darum, weil die Lage des Zessionars in mehrfacher Beziehung eine sehr prekäre war. Erst durch die Litis-Kontestation und das dadurch begründete dominium litis trat er in eine ganz feste und selbstständige Stellung, während bis zu diesem Zeitpunkte noch durch mancherlei mögliche Wechselfälle sein Recht wesentlich gefährdet war; denn nicht nur, daß bis dahin das Mandat leicht erlöschen konnte, z. B. durch seinen oder des Mandanten Tod — (das Mandats-Verhältniß geht bekanntlich nicht auf die Erben über) — so stand ja auch bis dahin dem Mandanten nichts im Wege, noch in eigener Person seine Forderung gegen den debitor cessus

durch Prozeß oder in anderer Weise (durch Annahme von Zahlungen, Vergleich u. s. w.) geltend zu machen, und dadurch den Zessionar auszuschließen. Das neuere Recht fand sachgemäße Mittel, auch diese Bedürfnisse zu befriedigen, ohne darum doch irgend den vorher angedeuteten Grundgedanken der Zession aufzugeben.

1) Während früher der Zessionar nur auf Grund des Mandats die Klage des Zedenten, als *actio mandata*, gegen den debitor cessus anstellen konnte, welche ihm später unmittelbar auf Grund des rechtübertragenden Geschäfts, also der justa causa, eine eigene Klage als *utilis actio* eingeräumt, also eine Klage, welche er *suo nomine* anstellt (l. 55. de procur. (3, 3), l. ult. C. quando fiscus (4, 15), l. 18. C. de leg. (6, 37), vgl. darüber bes. Windscheid, actio S. 124 fgg., Abwehr S. 56 fgg., Salpius S. 394 fgg.), und dies hatte die wesentliche Bedeutung, daß jetzt der Zessionar sogleich mit der Zession ein festes, unwiderrufliches und vererbliches Recht erhielt. (Daß diese utilis actio auf eine Fiktion basirt worden sei, wird zwar häufig behauptet, aber m. E. ohne Grund; es ist weder die Fiktion eines vorhandenen Mandats begründet, wie nach dem Vorgang von Mühlenbruch von den Meisten angenommen wird, noch auch, und zwar noch viel weniger, die Fiktion, daß das Forderungsrecht bei dem Zessionar selbst entstanden sei, was jetzt namentlich Schmid I. S. 8 fgg. vertheidigt; die utilis actio des Zessionar ist überhaupt keine actio ficticia, sondern eine actio in factum). Im Einzelnen ist darüber zu bemerken: a) Wir hatten oben schon angedeutet, daß die Sicherheit des Zessionar namentlich dadurch gefährdet war, daß vor der Litis-Kontestation leicht sein Mandat erlöschen konnte, und war dies nun wirklich einmal der Fall, so konnte er freilich nicht mehr procuratorio nomine auftreten, aber es wurde ihm allerdings eine utilis actio eingeräumt, T. 2, l. 33. C. de donat. (8, 54). — b) Außerdem konnte es auch vorkommen, daß Jemand zwar durch ein Rechtsgeschäft sich zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, dennoch aber den andren Pazizenten noch nicht zum procurator in rem suam gemacht hatte; und auch hier wurde demselben allmälig durch Gestattung von utiles actiones in der Weise geholfen, daß er, ohne wirklich ein Mandat empfangen zu haben, dennoch mit demselben Effekte, wie wenn er es erhalten hätte, gegen den Debitor auftreten konnte. Solche utiles actiones wurden unsres Wissens zuerst durch Antoninus Pius dem Käufer einer Erbschaft eingeräumt (T. 3), was dann später analog auch bei andren Rechtsgeschäften in Anwendung gebracht wurde, wie namentlich bei der venditio nominis, T. 4. vgl. mit l. 1. 2. C. de O. et A. (4, 10), l. 7. C. h. t., ferner, wenn eine Forderung in dotem gegeben, l. 2. C. de O. et A., an Zahlungs Statt eingeräumt (T. 5), oder legirt wird, l. 18. C. de legat. (6, 37); und es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß dies nach Justinianischem Rechte bei allen Rechtsgeschäften gilt, durch welche die Uebertragung einer Forderung bezweckt wird. Nur bei der Schenkung einer Forderung scheint bis zu Justinian nur eine actio mandata zulässig gewesen zu sein, indem erst Justinian in l. 33. C. de donat. (8, 54) auch dem Beschenkten eine utilis actio eingeräumt hat, eine Neuerung, die übrigens gewiß nicht, wie Schmid I. S. 47 fgg. annimmt, auf den Fall zu beschränken ist, wenn dem Schenkvertrag

noch ein besondres **mandatum agendi** hinzugetreten ist. — c) Endlich kommen **utiles actiones** auch noch in einer Reihe von Fällen vor, in denen nicht einmal ein auf Uebertragung der Forderung gerichtetes Rechtsgeschäft (Verkauf, Schenkung u. s. w.) abgeschlossen ist, sondern die Uebertragung unmittelbar durch die Vorschrift des Gesetzes herbeigeführt wird, also in den Fällen der oft s. g. ***cessio legis***. Die nicht selten vertheidigte Meinung, daß dies im neuesten Rechte überall angenommen werden müsse, wenn ein erzwingbares Recht auf Zession begründet sei, vgl. z. B. Savigny, Obl. I. S. 243 fgg., Puchta, kl. Schr. S. 461 fgg., Lehrb. §. 287, Vorles. ad h. l., Seuffert, Lehrb. §. 298, Witte, Bereicherungskl. S. 26. 274 fgg., 312 fgg., steht in Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen, und findet in den Gesetzen keine genügende Bestätigung, und wir dürfen also eine solche cessio legis nur in den besondren Fällen statuiren, in denen die Gesetze dieselbe anerkennen, vgl. Mühlenbruch §. 43 fg., Unterholzner I. §. 277, Windscheid, actio S. 194 fgg., Bähr S. 399 fg., Zimmermann in Gieß. Zeitschr. n. F. XV. S. 102 fgg., Zaun im n. prakt. Arch. I. S. 11 fgg., Schmid I. S. 189 fgg., Arndts, Lehrb. §. 255. Anm 4; s. auch oben §. 573. Anm. 3. S. 76 fg. — Hierbei ist aber noch hervorzuheben, daß durch die Einräumung der utilis actio sich in dem Verhältniß des Zessionar zu dem debitor cessus gar nichts veränderte, indem der ganze Zweck der Neuerung nur der war, dem Zessionar dem Zedenten gegenüber ein gesichertes Recht zu verschaffen. Die selbstverständliche Folge davon ist, daß es dem praktischen Effekte nach völlig einerlei ist, ob der Zessionar mit der actio mandata oder mit der actio utilis auftritt, und dies gründlich nachgewiesen, und die deßfallsigen Irrthümer, die bis dahin die Zessionslehre fast beherrschten, gründlich widerlegt zu haben, ist ein Hauptverdienst des Mühlenbruch'schen Werkes über Zession, vgl. den ganzen ersten Abschnitt desselben, bes. §. 16. und 17. Wenn jetzt doch wieder Schmid auch in den Wirkungen (Umfang der Verurtheilung, in Betreff der Privilegien und der Exzeptionen) nicht unwesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden Klagen annehmen will (vgl. Schmid II. S. 117 fgg. vgl. mit S. 359 fgg., S. 125 fgg. vgl. mit S. 379 fgg., S. 136 fgg. vgl. mit S. 394 fgg.): so halte ich diesen Theil seiner Ausführungen für gänzlich mißlungen. Der Grundgedanke der Zession, daß dadurch nicht das Forderungsrecht des Zedenten auf den Zessionar übergehe, sondern dieser immer nur eine fremde Forderung ausübe, ist auch durch die Zulassung der utilis actio nicht aufgehoben, sondern auch im neueren Rechte verhält es sich mit der venditio nominis aus ganz ähnlichen Gründen noch gerade so, wie mit der venditio ***ususfructus*** und der venditio ***hereditatis***. Ebenso wie der Käufer eines Nießbrauchs niemals selbst Usufruktuar wird, sondern immer nur den Nießbrauch des Verkäufers zu eigenem Vortheil ausübt, und wie der Käufer einer Erbschaft nicht Erbe wird, sondern nur ein fremdes Erbrecht im eigenen Interesse geltend macht: gerade so wird auch der Käufer einer Forderung nicht selbst Gläubiger, sondern er übt nur die Forderung des Verkäufers zu eigenem Nutzen aus. Wenn dies dennoch von Vielen geleugnet, und vielmehr angenommen wird, daß durch die Einführung der utiles actiones das Prinzip der Zessionslehre sich verändert habe, und daß dadurch die Zession zu einer wirklichen

Succeſſion, der Zeſſionar zum wirklichen Kreditor geworden ſei, vgl. z. B. Roßhirt, Windſcheid, Brinz, Bähr, Salpius, Schmid a. d. aa. OO.: ſo hat dies nur inſofern einige Wahrheit, daß jetzt wirklich der Zeſſionar dem Zedenten gegenüber nicht mehr als Mandatar, ſondern als Succeſſor erſcheint; aber er iſt nicht Succeſſor in das Forderungsrecht ſelbſt, ſondern nur in der Ausübung deſſelben, und ſo tritt er dem *debitor cessus* gegenüber doch immer nur als Vertreter des Zedenten auf, und nicht als Nachfolger in deſſen Recht, nicht als Selbſt-Gläubiger. Im Grunde erkennen dies auch die Gegner ſelbſt an, indem ſie meiſtens einräumen, daß ſich die rechtliche Lage des debitor cessus durch die Zeſſion in keinerlei Hinſicht verſchlechtern könne, und durch dieſes Zugeſtändniß wird dem ganzen Streite zum großen Theile die praktiſche Bedeutung genommen, vgl. auch Bähr a. a. O. S. 361. S. 407 fgg., Schmid II. S. 347 fgg. S. 438. (an welcher letztren Stelle Schmid, obgleich ein eifriger Verfechter des Succeſſions-Prinzips ſich zu der Aeußerung gedrängt ſieht: „Der urſprüngliche Gläubiger will und kann durch die Zeſſion auch heute noch nicht die Subſtanz ſeines Forderungsrechts veräußern, ſondern gleich dem Nutznießer, welcher ſeinen Nießbrauch einem Dritten verkauft, nur die Ausübung ſeines an ſich fortdauernden Rechts dem Zeſſionar als deſſen eignes Recht überlaſſen").

2) Nach früherem Rechte kam der Zeſſionar erſt durch die Litisконteſtation in ein Rechtsverhältniß zu dem debitor cessus. Nachdem aber durch Einräumung der utilis actio anerkannt war, daß der Zeſſionar ſogleich mit der Zeſſion ein feſtes, gegen Eingriffe des Zedenten geſichertes Recht erlangt habe, war es konſequent, auch in ſeinem Verhältniß zum debitor cessus eine Aenderung eintreten zu laſſen, und dies geſchah dadurch, daß man dem Zeſſionar das im römiſchen Rechte ſo vielfältig eingreifende (vgl. Mühlenbruch §. 8, Asverus, die Denunziation der Römer. Leipz. 1843. beſ. §. 8 fgg. S. 68 fgg.) Rechtsmittel der Denunziation verwilligte. Derſelbe durfte nämlich ſogleich nach geſchehener Zeſſion durch eine — früher vielleicht förmliche und vor Zeugen vorzunehmende, Mühlenbr. a. a. O., Asverus S. 91 fgg. — Anzeige an den debitor cessus ſich in ein ſolches Verhältniß zu demſelben ſetzen, daß dieſem ſchon von jetzt an nicht mehr geſtattet war, durch irgend welche Verhandlungen mit dem Zedenten das Recht des Zeſſionars zu beeinträchtigen, L. 1. vgl. mit l. 4. C. quae res pignori (8, 17). Nach verſchiedenen Seiten hin abweichende Anſichten über die Bedeutung der denunciatio finden ſich bei Windſcheid, actio S. 140 fgg. S. 187 fgg., Lehrb. §. 331. Not. 7. 8, Bähr S. 391 fgg. S. 414 fgg. S. 424 fgg., Muther S. 171 fgg., Schmid II. S. 227 fgg. —

Faſſen wir jetzt den Standpunkt auf, von welchem aus im Juſtinianiſchen Rechte die Zeſſion der Forderungen aufgefaßt werden muß, ſo ergibt ſich aus dem Vorhergehenden, daß dabei nothwendig zwei weſentlich verſchiedene Geſichtspunkte geſondert werden müſſen. Dem debitor cessus gegenüber gilt der Zeſſionar auch noch nach neueſtem Rechte ſchlechthin nur als *procurator;* er iſt nicht ſelbſt Gläubiger oder Succeſſor des Gläubigers, ſondern er macht, mag er nun wirklich procuratorio nomine oder mit der actio utilis auftreten, immer nur eine fremde obligatio geltend. Ganz anders aber dem Zedenten gegenüber.

Hier treten nach neuerem Rechte nicht mehr die beengenden Grundsätze des Mandats ein, sondern der Zessionar hat eine selbstständige, von ferneren Einwirkungen des Zedenten freie Befugniß, die ihren Grund regelmäßig in einem besondren rechtübertragenden Geschäfte (Kauf, Schenkung, datio in solutum oder dergl.) hat, aber in manchen Fällen auch durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift herbeigeführt wird. Daß diese selbstständige Stellung des Zessionar dem Zedenten gegenüber auch einigen Einfluß auf sein Verhältniß zum debitor cessus äußert, liegt in der Natur der Sache, aber nie ist dies soweit ausgedehnt worden, daß dadurch der in dem Obigen entwickelte Grundgedanke des ganzen Instituts irgend wesentlich alterirt wäre. — Der Begriff der Zession kann nun hiernach keine Schwierigkeit mehr machen. Eine Zession ist nämlich dann vorhanden, wenn Jemand durch ein Rechtsgeschäft oder durch gesetzliche Vorschrift die selbstständige Befugniß erlangt hat, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheile auszuüben. —

Dieser Begriff von Zession ist m. E. auch noch h. z. T. vollkommen praktisch, und die in unsren Tagen sich vielfach geltend machende Ansicht, daß, wenn auch etwa im römischen Rechte noch keine wirkliche Singular-Succession in die obligatio anerkannt sein sollte, dies doch jedenfalls in unsrem heutigen Rechte anders sei, indem das moderne Rechtsbewußtsein die beschränkte Ansicht des römischen Rechts von der Unübertragbarkeit der obligatio überwunden habe; vgl. z. B. Windscheid, Brinz a. d. aa. OO., Seuffert, Lehrb. §. 297. u. A. m., entbehrt nach meiner Ueberzeugung eines jeden haltbaren Grundes. Namentlich kann ich in der Berufung auf das „heutige Rechtsbewußtsein des Volks" keinen solchen anerkennen. Wenn ich auch zugebe, daß h. z. T. den Interessenten bei einem Zessions-Geschäft der römische Begriff der Zession nur selten vor Augen stehen wird, sondern dieselben meistens, an die äußeren Erscheinungen dieses Verhältnisses sich anlehnend, darin eine wirkliche Uebertragung der Forderung, ähnlich der Uebertragung einer körperlichen Sache, erblicken werden: so muß ich gar sehr bezweifeln, daß diese vulgäre Auffassung irgend einen Einfluß auf die juristische Begriffs-Konstruktion äußern dürfe. So lange sich im Rechtsleben keine Abweichung in den materiellen Rechtssätzen ausgebildet hat — und dieses ist in der Zessionslehre noch von Niemanden dargethan —, muß der Richter den quellenmäßigen Begriff des Rechtsverhältnisses mit allen seinen praktischen Konsequenzen festhalten, sollte dieser Begriff auch der vulgären Anschauungsweise nicht entsprechend sein; denn es liegt in der Natur der Sache, daß nur der materielle Gehalt der Rechtssätze, aber nicht auch die juristische Konstruktion derselben durch das Rechtsbewußtsein des Volkes bestimmt werden kann. — Auch der Versuch von Delbrück, Uebernahme der Schulden nach gemein. und preuß. Rechte. Berlin 1853. S. 3 fg. S. 10 fgg. (vgl. auch desselben Abh. in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. XV. S. 134 fgg.), den Begriff von Zession als einer wahren Succession für das heutige Recht dadurch zu rechtfertigen, daß er ihn auf eine angebliche prinzipielle Verschiedenheit zwischen römischem und germanischem Rechte zurückführen will, scheint mir wenig befriedigend. Sein wesentlicher Gedanke ist nämlich folgender: „während das römische Recht von dem Begriff der Obligatio, als eines Verhältnisses zwischen bestimmten Personen ausgehe, als eines Verhältnisses, welches nur durch diese

wechselseitige Beziehung bestimmter Individuen auf einander existire, und eben darum von der Person des Gläubigers oder Schuldners sich nicht trennen lasse, trete dieser Begriff im germanischen Rechte völlig zurück, indem dieses nur Forderungen und Schulden kenne, welche als Werthe Gegenstände des Verkehrs seien und Veräußerung gestatteten; denn während die obligatio ein lebendiges Verhältniß zwischen Personen sei, seien Forderung und Schuld der feste, sachliche Niederschlag desselben". Vgl. gegen diese, gewiß unhaltbare Ansicht, welche von Delbrück noch insbesondre dazu benutzt wird, ein angeblich selbständiges Institut des modernen Rechts — „die Uebernahme fremder Schulden" — zivilistisch zu begründen, die guten Bemerkungen von Windscheid a. a. O. S. 37 fgg., actio S. 202 fgg., Kuntze S. 93 fgg. S. 304 fgg., Zaun im n. prakt. Arch. I. S. 113 fgg. — Eine wahre Singular-Succession in die Schuld nach heutigem Rechte vertheidigt jetzt und entwickelt ausführlich Gürgens in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 221 fgg.

Anm. 2. In der Regel sind alle Forderungen zessibel, und es kommt dabei im Allgemeinen die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes, des Inhalts oder der Wirkungen nicht in Betracht. So können namentlich Forderungen aus Delikten gerade so gut zedirt werden, wie die aus Verträgen, l. 7. §. 1. commod. (13, 6), l. 35. §. 4. de contr. emt. (18, 1), l. 31. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 38. §. 1. de solut. (46, 3), l. 14. pr., l. 80. fin. de furt. (47, 2). So ist ferner auch die Zession von blos natürlichen Forderungen, ungeachtet der Einwendungen von Schwanert, Naturalobligation S. 176 fgg. und Schmid I. S. 54 fgg., unbedenklich zu gestatten, denn da ein Zessionar dann, wenn ihm eine bürgerliche Forderung übertragen ist, dieselbe offenbar nicht blos durch Klagen, sondern auch durch Exzeption geltend machen kann, so muß auch eine Forderung, welche blos Exzeptionen und keine Klage hervorbringt, zedirt werden können, vgl. auch arg. l. 40, l. 64. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 17. h. t., Mühlenbruch S. 252 fgg., Puchta S. 639, *Molitor* p. 440, jedoch gewiß nur mit der in der Natur der Sache liegenden Beschränkung, daß in der Regel die zedirte natur. oblig. nicht zur Kompensation benutzt werden darf, vgl. d'Avis und Arndts in Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 114 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 335. Not. 16. Ebenso ist auch Ungewißheit oder Unbestimmtheit der Forderung kein Hinderniß der Zession, und es können also künftige, namentlich bedingte Forderungen wirksam zedirt werden, l. 3. C. de donat. („*Spem futurae actionis* — — — posse transferri, non immerito placuit"), l. 17. h. t., ebenso Forderungen, deren Quantum unbestimmt ist, l. 5. h. t., und daß auch alternative Forderungen zedirt werden können, selbst wenn dem Kreditor die Wahl zusteht, und daß in diesem Falle auch das Wahlrecht auf den Zessionar übergeht, ist schon an einem andren Orte bemerkt worden (s. oben S. 19). Endlich ist es auch kein Hinderniß der Zession, daß eine Forderung ihren Grund in einem Rechtsverhältnisse hat, welches an und für sich der Uebertragung nicht fähig ist, und so können namentlich auch Forderungen zedirt werden, welche aus einem jus singulare oder privilegium entstanden sind, wie z. B. das auxilium in integrum restitutionis, l. 24. pr. de minor. (4, 4).

Doch gibt es allerdings auch Beschränkungen der Zessibilität. Wenn man früher hierfür oft ein leitendes Prinzip in der Vergleichung der Zession mit der Vererbung gefunden zu haben glaubte, und demgemäß die Regel aufstellte: quod est transmissibile, id est cessibile, oder noch öfter in umgekehrter Fassung: quae non sunt transmissibilia, non transeunt per cessionem, so wird dies wohl h. z. T., namentlich nach Cocceji's (de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra, in Disp. vol. II. nr. 65) und Mühlenbruch's (Zession §. 23) Untersuchungen keinen Vertheidiger mehr finden, und wirklich läßt sich auch nicht einsehen, wie bei der so großen Verschiedenheit der Grundbegriffe der Zession und der Transmission eine solche Parallele irgend gerechtfertigt werden könne. Es müssen vielmehr die einzelnen Beschränkungen der Zessibilität nicht durch eine Verweisung auf die Fälle der Unvererblichkeit, sondern selbstständig ermittelt werden, und zwar sind dabei zwei Klassen zu unterscheiden, indem manche Beschränkungen schon aus allgemeinen Grundsätzen hervorgehen, während andre durch singuläre gesetzliche Bestimmungen eingeführt sind.

In die erste Klasse gehören folgende Fälle:

1) Der Begriff der Zession bringt es schon mit sich, daß nicht etwa das gesammte obligatorische Verhältniß, sondern nur einzelne, daraus hervorgehende Forderungen Gegenstand der Zession sind, und so versteht es sich also von selbst, daß durch Zession nicht etwa ein Sozietäts-, Mandats-, Miethe-Verhältniß u. s. w. für den Zessionar entstehen kann, sondern daß nur die in der Person des Zedenten begründete actio pro socio, mandati, locati etc. auf den Zessionar übertragen wird. Es macht dies begreiflich einen großen Unterschied. Träte z. B. der Zessionar wirklich in das gesammte obligatorische Verhältniß des Vermiethers, Mandanten u. dgl., so würde ja auch der Miether oder Mandatar mit seinen etwaigen Anforderungen sich an den Zessionar halten müssen, und so an diesen nicht blos Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten übergegangen sein! Vgl. auch Mühlenbr. S. 245 fgg. S. 307 fgg., Puchta S. 642.

2) Forderungen, die gar nicht eigentlich zu unsrem Vermögen gehören, können auch nicht zedirt werden, und unstatthaft ist daher die Uebertragung von Popularklagen, und von s. g. actiones vindictam spirantes, denn vor der Litis-Kontestation sind dieselben nicht in bonis nostris, l. 7. §. 1. de popul. act. (47, 23), l. 12. pr. de V. S. — l. 28. de injur. (47, 10), l. 32. pr. ad leg. Falc. (35, 2), und nach der Litis-Kontestation dürfen sie als actiones litigiosae nicht übertragen werden. Ueber den Begriff und die einzelnen Fälle der actiones vindictam spirantes s. Bd. I. §. 145. Anm. (S. 213 fgg.). A. M. in Betreff der actiones vind. spirantes ist Schmid II. S. 99 fgg. S. 288 fgg.

3) Der Natur der Sache nach sind auch solche Forderungen nicht zessibel, deren Inhalt sich durch die Leistung an einen Andren, als den eigentlichen Gläubiger, gänzlich verändern würde, wohin z. B. häufig Forderungen auf Dienstleistungen gehören, vgl. l. 9. §. 1. de operis libertor. (38, 1): „Sed officiales quidem futurae (operae) nec cuiquam alii deberi possunt, quam patrono, *cum proprietas earum et in edentis persona, et in ejus, cui*

eduntur, consistat", eben ſo Alimentations-Forderungen, Anſprüche auf Beſtellung einer Perſonalſervitut u. dgl.

4) Eben ſo ſind auch begreiflich Forderungen nicht zeſſibel, deren Geltendmachung nothwendig eine beſondre, nicht übertragbare, Qualität in der Perſon des Gläubigers vorausſetzt, wie z. B. Retraktsklagen, Mühlenbr. S. 323 fgg. —

Sehr gewöhnlich leitet man aber aus allgemeinen Grundſätzen noch einige andre Beſchränkungen in Betreff der Zeſſibilität ab, die ſich jedoch bei ſchärferer Betrachtung kaum rechtfertigen laſſen möchten. Sehr verbreitet iſt nämlich erſtens die Anſicht, daß eine Forderung gegen den Vater nicht an den Hausſohn deſſelben zedirt werden dürfe, es müßte denn der Erwerb dieſer Forderung als zum peculium castrense oder quasi-castrense gehörig angeſehen werden können, und zur Begründung dieſer Anſicht beruft man ſich theils auf den bekannten Grundſatz, daß wegen der durch väterliche Gewalt begründeten Perſonen-Einheit kein Rechtsſtreit zwiſchen Kind und Vater vorkommen könne, mit Ausnahme der kaſtrenſiſchen Pekulien, l. 4. de judic. (5, 1), theils auf den ſpeziellen Ausſpruch der l. 7. de O. et A.:

„Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius".

Unter Vorausſetzung der Richtigkeit dieſer Anſicht würde ſich natürlich wegen völliger Gleichheit des Grundes auch nichts gegen die weitere, gewöhnlich gemachte Folgerung einwenden laſſen, daß auch umgekehrt Forderungen gegen den Sohn nicht an den Vater zedirt werden dürften, es müßte denn die zedirte Forderung als ein Paſſivum des peculium castrense erſcheinen. Vgl. z. B. ſtatt Aller Mühlenbr. §. 33, Puchta S. 643, Schmid I. S. 68 fg. Aus den für dieſe angebliche Unſtatthaftigkeit der Zeſſion angeführten Gründen dürfte aber ſchwerlich etwas Weiteres folgen, als daß der Zeſſionar gegen den debitor cessus während der Dauer der väterlichen Gewalt keine Klage erheben darf; daß aber die Zeſſion ganz nichtig und wirkungslos ſei, ſteht weder in der l. 7. cit., noch geht es aus den allgemeinen, dafür angeführten, Grundſätzen des römiſchen Rechts hervor; vgl. auch Unterh. S. 607. Nr. 11, Rudorff, Grundr. zu Vorl. über das gem. Zivilr. 2. Ausg. Berl. 1843. S. 263. a. E., Sintenis II. §. 128. Anm. 29, Arndts §. 258. Anm. 4. — Eine zweite Beſchränkung der Zeſſion, die auch noch aus der Natur der Sache abgeleitet wird, ſoll darin beſtehen, daß acceſſoriſche Forderungen nicht ohne das prinzipale Recht, auf welches ſie ſich beziehen, übertragen werden dürfen, und namentlich führt man als hauptſächlich hierher gehörige Fälle die Forderungen gegen Bürgen und die actio hypothecaria an, vgl. z. B. ſtatt Aller Mühlenbruch §. 28, Unterh. S. 606. Nr. 7. Wollte man freilich die Zeſſion einer ſolchen acceſſoriſchen Forderung in dem Sinne auffaſſen, daß dieſe dadurch zur Acceſſion für ein andres, dem Zeſſionar zuſtändiges, prinzipales Recht werden ſollte, ſo wäre dies abſolut unzuläſſig, und dem Grundbegriffe der Zeſſion widerſtreitend. Faßt man dagegen eine ſolche Zeſſion ſo auf, daß der Zeſſionar die acceſſoriſche Forderung gerade unter denſelben Vorausſetzungen und in demſelben Umfange, wie der Zedent geltend machen ſolle, ſo vermag ich nicht einzuſehen, warum eine ſolche Zeſſion nur ſtatthaft ſein ſoll, wenn auch die prinzipale Forderung ſelbſt

mit übertragen wäre. Denken wir uns zunächst einen Bürgschaftsfall. Primus ist dem X 1000 Thaler schuldig, und der Sekundus hat sich dafür verbürgt. Hier kann meiner Ueberzeugung nach der X unbedenklich seine Klage gegen den Sekundus an den Z zediren, ohne daß er auch demselben die Klage gegen den Primus mit übertrüge. Nach Pandektenrecht, ehe das beneficium excussionis eingeführt war, ist dies wohl ganz unzweifelhaft: denn wie im Falle einer passiven Korreal-Obligation der Gläubiger seine Klage gerade nur gegen Einen der correi debendi zu zediren befugt ist, und der Zessionar dann gerade auch nur diesen Einen belangen kann, so mußte auch die ausschließliche Zession der Klage gegen den Bürgen gestattet sein. Durch das Justinianische beneficium excussionis hat sich aber hieran sicher nichts weiter geändert, als daß jetzt der Zessionar sich eben so die exceptio ordinis gefallen lassen muß, wie der Zedent selbst, wenn dieser geklagt hätte, d. h. daß ihm überhaupt eine solche Zession der Regel nach nur dann Vortheil bringt, wenn der prinzipale Schuldner insolvent oder abwesend ist. Zahlt nun aber in Folge einer derartigen Zession der Bürge wirklich an den Zessionar, so wird natürlich dadurch auch die prinzipale Forderung des Zedenten gerade so getilgt, wie wenn der Bürge an diesen selbst Zahlung geleistet hätte, und insofern läßt sich nicht ganz mit Unrecht sagen, daß in der Zession einer solchen accessorischen Forderung auch gewisser Maaßen eine Uebertragung der prinzipalen Forderung selbst liege; aber daß eine solche Zession ungültig und unzulässig sei, läßt sich sicherlich nicht behaupten. — Mit der Uebertragung der actio hypothecaria verhält es sich augenscheinlich im Wesentlichen eben so, und eine besondere Ausführung ist daher überflüssig. Vgl. auch Puchta S. 644, Sintenis S. 811. Anm. 39, Seuffert §. 299. Not. 1, Arndts §. 258. Anm. 4, *Molitor* cit. p. 451 sqq., Dernburg, Pfandr. I. S. 561 fgg.

Wir wenden uns jetzt zu der zweiten Klasse, nämlich zu den Fällen, in denen die Zession vermöge singulärer gesetzlicher Bestimmung unzulässig ist. Hierher gehört:

1) Das Verbot der Zession an einen Mächtigeren, sofern dieselbe in böslicher, den Schuldner verletzenden Absicht geschieht, l. 2. C. ne liceat potentiorib. patrocinium litigantibus praestare vel *actiones in se transferre* (2, 14):

> *Honor.* et *Theodos.* „Si cujuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, debiti creditores jactura mulctentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores".

Mühlenbr. §. 30. S. 370 fgg. vertheidigt nach dem Vorgange von *Olea*, tit. II. qu. 4. nr. 16 sqq. die Meinung, daß hier gar nicht die wirkliche Zession an einen potentior verboten werde, sondern da nur von einer simulirten Zession die Rede sei, wofür er sich theils auf die Schlußworte der l. 2. cit. beruft, theils auf den Zusammenhang, in welchem dieser, nur aus zwei Konstitutionen bestehende, Kodextitel mit dem vorhergehenden (tit. 13. de procuratoribus) und dem nachfolgenden (tit. 15. de his, qui potentiorum nomine titulos praediis affigunt, vel eorum nomina in litem praetendunt) steht,

theils und vorzüglich auf den Umstand, daß ja in der l. 2. cit. ausdrücklich dem Zedenten der Verlust des Forderungsrechts angedroht sei, was unter Voraussetzung einer wirklichen Zession keinen Sinn habe. Dieser Meinung sind denn auch viele Neuere beigetreten, vgl. z. B. Wening §. 209, Fritz zu Wening II. S. 214 fgg., Unterh. I. S. 608. Not. o. u. A. m. Noch weiter geht Gesterding, Irrth. S. 436 fgg., indem er aus ähnlichen Gründen, wie Mühlenbruch, zu dem Resultate kommt, daß hier überhaupt von gar keiner Zession, weder von einer wirklichen, noch von einer simulirten, die Rede sei, sondern nur von einem patrocinium eines potentior; und die scheinbar auf eine Zession hindeutenden Ausdrücke in der Rubrik (actiones in se transferre), und in der l. 2. cit. (actiones delatae) seien nur von dem dominium litis des Prokurators zu verstehen. — Gesterding's Auslegung muß wohl unbedenklich verworfen werden, denn nicht nur, daß dann die l. 2. gerade nur dasselbe enthalten würde, was schon in der l. 1. eod. steht, und daß ferner schon an und für sich die Beziehung jener kritischen Ausdrücke auf das dominium litis höchst gezwungen erscheint, so ist dies auch namentlich in der Titelrubrik völlig unzulässig, weil hier ja das actiones in se transferre als etwas von dem patrocinium praestare ganz Verschiedenes aufgeführt wird („*vel*"). Eben so wenig möchte sich aber auch Mühlenbruch's Meinung rechtfertigen lassen. Daß simulirte Zession auch unter die Vorschrift der l. 2. cit. falle, ist freilich unzweifelhaft; das Gesetz aber darauf beschränken zu wollen, ist bei den ganz allgemeinen Worten desselben in Verbindung mit der Titelüberschrift, die offenbar auf wahre Zession hinweisen, sicher unzulässig. Auch die Schlußworte des Gesetzes deuten blos auf die hier allerdings nothwendige Voraussetzung der Chikane und Arglist, mag dieselbe nun in einer blos simulirten, oder in einer wirklichen Zession sich manifestiren. Und daß der Verlust der Forderung dem Zedenten angedroht ist, erklärt sich leicht, da ja die Zession selbst in jedem Falle nichtig ist, und also abgesehen von dieser Strafdrohung die Forderung allerdings bei dem Zedenten zurück geblieben sein würde. Vgl. auch Puchta S. 646, Sintenis Anm. 40, *Molitor* cit. p. 452, Seuffert und Arndts a. d. aa. OO. Wie also schon nach Pandektenrecht die arglistige Zession an den Fiskus und den Kaiser verboten war, Paul. rec. sent. lib. V. tit. 12. §. 7, l. 22. §. 2. de jure fisci (49, 14), l. 2. C. ne fiscus vel respubl. (2, 18), so ist dies durch unsre l. 2. cit. auf die chikaneuse Zession an jeden Potentior ausgedehnt, und der Verlust der Forderung noch als besondre Strafe hinzugefügt worden, vgl. auch cap. 2. X. de alienat. jud. mut. (1, 42). — Wer als Potentior zu betrachten sei, ist in dem Gesetze nicht speziell bestimmt, und es ist dies daher dem Ermessen des Richters überlassen; der wesentlichste Gesichtspunkt ist dabei der Tendenz des Gesetzes nach augenscheinlich der, wenn Jemand durch Macht, Ansehen, bürgerliche Stellung einen solchen Einfluß auf den debitor cessus zu üben im Stande ist, daß es diesem peinlich und beschwerlich ist, ihn zum Gegner zu haben, und er deßhalb an der unbefangenen und standhaften Vertheidigung seiner Sache gehemmt ist, s. auch Mühlenbr. S. 378 fgg. — Daß nun im Falle einer solchen arglistigen Zession an einen Mächtigeren die Forderung für den Zedenten verloren sein soll, ist klar in der l. 2. cit. aus-

gesprochen; ob sie aber der Fiskus an sich nehme, oder ob der Schuldner liberirt werde, ist bestritten. Unter den Neueren hat besonders Mühlenbruch S. 377 fgg. das Erste behauptet, aber gegen die herrschende Lehre, und gewiß auch mit Unrecht, da das Gesetz davon schweigt, und die einzig natürliche, und, wenn nichts Andres bestimmt ist, sich immer von selbst verstehende Folge des Untergangs des Forderungsrechts die Befreiung des Schuldners ist, auch bloße Analogieen nicht hinreichen können, eine jedenfalls singuläre Bestimmung in das Gesetz hinein zu tragen; vgl. auch arg. l. 3. fin. de litig. (44, 6) und Nov. 72. c. 5. (s. die folg. Nr. 2). Aber auch unter den Vertheidigern der richtigern Meinung herrscht wieder darüber Streit, ob der Schuldner ganz liberirt werde, oder ob doch nicht wenigstens eine naturalis obligatio zurückbleibe? Das Letztre ist z. B. wieder von *v. d. Pfordten*, de oblig. civ. in natural. transitu. Lips. 1843. p. 40. behauptet worden, mit Berufung auf die bekannte l. 19. pr. de cond. indeb. (12, 6): „Si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet"; vgl. auch Schwanert, Naturaloblig. S. 476. Ich habe schon an einem andren Orte bei einer ähnlichen Streitfrage meine Ueberzeugung ausgesprochen, daß dieser Ausspruch des Pomponius wohl gewiß nur auf solche Fälle zu beziehen sei, wo die Klage in odium creditoris abgesprochen werde, vgl. Bd. I. §. 133. Anm. (S. 189), und es kann daher hier, wo der Gläubiger geradezu „*debiti* jactura" bestraft werden soll, keine Anwendung davon gemacht werden; s. auch *Molitor* l. c., *Machelard*, des oblig. natur. p. 517. — Wenn manche Neuere die heutige Anwendbarkeit des Zessions-Verbots an einen Mächtigeren in Abrede stellen, weil h. z. T. Alle vor dem Gesetz gleich seien, vgl. z. B. Seuffert §. 299. Not. 1. und bes. Sintenis S. 812 fg. Anm. 40: so ist schon dieser Grund gar nicht zutreffend, und wenn er es wäre, so würde man doch höchstens nur mit Arndts §. 258. Anm. 3. sagen können, daß jenes Verbot jetzt nicht mehr angemessen, aber keineswegs, daß es nicht mehr anwendbar sei.

2) Justinian verordnete, daß Forderungen gegen Bevormundete nicht an den Vormund derselben zedirt werden dürfen, Nov. 72. c. 5. Der Grund dieses Zessionsverbots ist augenscheinlich der, weil es ohnedies dem gewissenlosen Vormund leicht sein würde, durch Unterschlagung von Quittungen oder sonstigen zur Rechtsvertheidigung dienlichen Dokumenten unerlaubten Gewinn zu machen, und daraus erklärt sich auch die vom Kaiser vorgeschriebene Ausdehnung dieses Verbots auf eine erst nach geendeter Vormundschaft vorkommende Zession, wobei nur vorausgesetzt wird, daß die Schuld selbst schon früher entstanden ist. — Wenn nun aber doch eine solche Zession geschehen ist, so hat der Zedent allerdings sein Recht verloren, und der Pflegling soll nach der ausdrücklichen Bestimmung des Kaisers den Vortheil davon haben, so daß dadurch von selbst jedem Gedanken an ein etwaiges Recht des Fiskus vorgebeugt ist. Bestritten ist aber auch hier, ob dem Pfleglinge, wenn er im Irrthum gezahlt, eine Rückforderung zustehe, oder ob er naturaliter obligirt bleibe? Mühlenbruch S. 393. und *v. d. Pfordten* l. c nehmen auch hier wegen l. 19. de cond. ind. das Letztre an; aber auch in diesem Falle muß man sich dagegen erklären, da Justinian nicht etwa blos die Klage versagt, sondern sehr allgemein erklärt, es solle die

Forderung in Folge der rechtswidrigen Zession zum Vortheil des Pfleglings vernichtet werden; vgl. auch Schwanert, Naturaloblig. S. 478 fg., *Machelard*, des oblig. natur. p. 520 suiv. — Oft beliebte Ausdehnungen dieser Vorschrift auf Administratoren des Fiskus oder andrer Gemeinheiten sind durchaus nicht zu rechtfertigen, da bei jura singularia keine Analogie Statt findet.

3) Hierher gehört auch die wunderliche, in der Praxis sehr häufig nicht mehr beachtete Vorschrift der Reichsgesetze, daß ein Jude seine Forderung gegen einen Christen nicht an einen andren Christen zediren dürfe, R. A. 1551. §. 79, R. P. O. 1577. Tit. 20. §. 4. Ist gegen dieses Verbot gehandelt, so soll die Forderung selbst verloren sein, und wenn auch hier Mühlenbruch S. 398. dieselbe dem Fiskus zuspricht, so muß hier gewiß wohl ebenso, wie oben bei Nr. 1. g. E. gesagt werden.

4) Endlich soll auch eine actio litigiosa nicht zedirt werden dürfen, und zwar fängt die Litigiosität im Augenblick der Litis-Kontestation an, vgl. oben Bd. I. S. 259. Ausnahmen dieses Verbots kommen vor bei Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, bei Vergleich, Erbtheilung und in Folge von Vermächtnissen, l. 4. C. de litig. (8, 34). Wenn Viele behaupten, daß von diesem Verbote h. z. T. keine Anwendung mehr zu machen sei, so wird diese, theoretisch jedenfalls verwerfliche Ansicht auch nicht einmal durch eine, nur irgend konstante Praxis unterstützt, vgl bes. Spangenberg im ziv. Arch. IX. 4, vgl. auch Seuffert's Arch. Bd. V. Nr. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251.

Anm. 3. Ueber die Zession dinglicher Klagen vgl. Ihering in seinen dogm. Jahrb. I. S. 104 fgg., Windscheid, actio S. 214 fgg., Lehrb. II. §. 337, Zimmermann in Gieß. Zeitschr. N. F. XV. S. 106 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. 2. Aufl. §. 128. Anm. 26, Schmid II. S. 328 fgg.

Anm. 4. Eben so wenig, wie die Theorie von den einzelnen Rechtsgeschäften, durch welche eine cessio *voluntaria* geschieht (z. B. Verkauf, Schenkung, Vergleich u. s. w.), in die Lehre von der Zession gehört, eben so wenig sind hier auch die Fälle näher zu entwickeln, in denen eine s. g. cessio *necessaria* Platz greift, in denen also vermöge gesetzlicher Vorschrift eine Zwangsverbindlichkeit zur Vornahme einer Zession begründet ist. Doch mag hier der Uebersicht wegen eine gedrängte Zusammenstellung der einzelnen hierher gehörigen Fälle erfolgen, wobei wir uns ganz an die Ausführungen Mühlenbruch's §. 37. anschließen (vgl. jetzt auch die sehr detailirten Entwicklungen von Schmid I. S. 259—66. S. 359—504).

1) Wenn eine Forderung durch freie Mittelspersonen begründet ist, so kann der Geschäftsführer vermittelst der actio mandati oder negotiorum gestorum zur Zession der Klagen gezwungen werden, l. 8. §. ult, l. 10. §. 1, l. 27. §. 5. mandati (17, 1) u. s. w.

2) Im Falle eines legatum nominis ist der Erbe zur Klagen-Zession verpflichtet, l. 44. §. 6, l. 75. §. 3, l. 76, l. 82. §. 5, l. 105. de legat. I.

3) Wer zur Leistung einer Sache verpflichtet ist, muß auch die die Sache selbst betreffenden Forderungen abtreten, und so ist z. B. der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Diebs- oder Raubklage, oder die actio leg. Aquiliae u. s. w. zu übertragen, l. 1. pr., l. 13. §. 12. de act. emt. vend. (19, 1),

l. 14. pr. de furt. (47, 2). Eben so muß der Erbe dem Legatar die actio legis Aquiliae übertragen, wenn die legirte Sache vor der Erbschaftsantretung beschädigt wurde, l. 15. pr. ad leg. Aquil. (9, 2) u. dgl. Fälle mehr. Vgl. hierüber noch insbesondre Jhering, Abhandl. aus dem römischen Rechte S. 30 fgg.

4) Wer Jemanden zum Schadensersatz wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, kann die Abtretung der diese Sachen betreffenden Klagen verlangen, vgl. l. 6. §. 4. nautae caup. (4, 9), l. 3. §. 1. de tribut. act. (14, 4), l. 25. fin. locati (19, 2), l. 12. de re judic. (42, 1), l. 53. §. 3. de furt. (47, 2). Zu der Regel schließt hier selbst nicht einmal Dolus von Seiten des Verklagten den Anspruch auf Klagenabtretung aus, und so kann z B. der Verführer eines Sklaven von demjenigen, den er deßhalb entschädigen mußte, die Zession der auf Wiedererlangung des Sklaven gerichteten Klage verlangen, l. 14. §. ult. de servo corr. (11, 3), und der Eigenthümer muß dem Depositar oder Kommodatar selbst dann die Klage zediren, „quamquam dolo adversarii res absit", l. 12. de re judic. (42, 1). Doch muß diese Regel nach l. 69. de R. V. (6, 1) dahin beschränkt werden, daß dann, wenn der Verklagte sich arglistig des Besitzes entäußerte, um einem Rechtsstreite auszuweichen, eine Klagen-Abtretung nicht verlangt werden kann.

5) Wer nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlen muß, die gar nicht oder nur zum Theil als die seinige zu betrachten ist, kann von dem Gläubiger die Klagen-Abtretung verlangen, l. 47. locati (19, 2), l. 19. qui potior. in pign. (20, 4), l. 1, §. 13. 18. de tut. et rat. distr (27, 3), l. 17, l. 41. §. 1. de fidej. (46, 1), l. 95. §. 10. de solut. (46, 3) Uebrigens muß in solchem Falle die Zession vor der Zahlung verlangt werden, weil ja durch die Zahlung die Klage vernichtet werden, und also kein Objekt für die Zession mehr vorhanden sein würde. Doch ist nicht die wirkliche Vornahme der Zession zu jener Zeit erforderlich, sondern es genügt die Erklärung, daß man die Zession verlange, da in diesem Falle „pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videtur", l. 76. de solut. (46, 3), vgl. l. 36. de fidej. (46, 1).

6) Endlich muß auch derjenige, welcher überhaupt zur Abtretung einer Forderung verpflichtet ist, alle dazu gehörigen Rechte zediren, und so muß z. B. mit einer Forderung auch das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen, l. 24. pr. de minorib. (4, 4), und eben so müssen auch alle zur Sicherheit der Hauptforderung Statt findenden accessorischen Rechte zedirt werden, l. 14. pr., l. 23. h. t. (18, 4).

b) Wirkungen der Zession. §. 575.

Anm. 1. Ob und welche Einreden der debitor cessus dem Zessionar aus der Person des Zedenten entgegensetzen kann, ist auch noch h. z. T. streitig Hält man das in dem vorigen Sen entwickelte Wesen der Zession fest, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Regel nach alle Exzeptionen, die dem Zedenten

selbst opponirt werden konnten, auch dem Zessionar entgegengesetzt werden dürfen, eben weil dieser ja nur eine fremde Forderung, die Forderung des Zedenten, geltend macht, weil er also dem debitor cessus gegenüber nur als Prokurator des Zedenten erscheint. Dieses Resultat wird um so zweifelloser, wenn man erwägt, daß doch der, welcher selbst keine Klage hat, auch keine zediren kann, und es nun bekanntlich dem Effekte nach einerlei ist, „ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur", l. 112. de R. J. Und endlich wird noch dieser Grundsatz durch die einfache Bemerkung unterstützt, daß es doch unmöglich dem Gläubiger gestattet sein kann, durch seine einseitige Handlung den Rechtszustand des Schuldners zu verschlimmern, was auf eine sehr fühlbare Weise geschehen würde, wenn derselbe Einreden gegen den Zessionar nicht vorschützen dürfte, die ihm gegen den Zedenten zur Seite ständen. — Doch muß man allerdings der Natur der Sache nach zwei Modifikationen dieses allgemeinen Grundsatzes anerkennen, indem es sich nämlich

1) von selbst versteht, daß solche Einreden, deren thatsächliche Grundlage erst nach der, dem debitor cessus geschehenen Denunziation zur Entstehung gekommen ist, dem Zessionar nicht schaden können; denn eben so, wie nach dieser Zeit der Schuldner sich nicht mehr durch Zahlung an den Zedenten liberiren kann, kann dieses auch nicht mehr durch eine anderweite Verhandlung mit demselben geschehen.

2) Eben so unzweifelhaft ist auch eine zweite Modifikation. Solche rein prozessualische Einreden nämlich, welche dem Zedenten dann, wenn er selbst den Prozeß geführt hätte, opponirt werden dürften, können dem Zessionar nicht entgegengesetzt werden, wenn in seiner Person der Grund derselben wegfällt. Setzen wir, der Gläubiger ist ein Ausländer, der eben deßwegen bei einem Prozeß gegen den Schuldner zu besondrer Kautionsleistung verpflichtet wäre, so kann die daraus dem Schuldner erwachsende Einrede augenscheinlich nicht auch dem inländischen Zessionar entgegengesetzt werden; denn wenn dieser auch ein fremdes Recht geltend macht, so führt er doch den Prozeß in eignem Namen. —

Diese einfachen Sätze, die aus dem richtig verstandenen Wesen der Zession von selbst hervorgehen, haben denn auch von jeher von den Zeiten der Glosse an (vgl. gloss. ad l. 4. §. 28. de doli mali exc.) zahlreiche Vertheidiger gefunden, vgl. z. B. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 416. Not. 85. und bei Francke im ziv. Arch. XVI. S. 419 fgg. S. 425 fgg., und auch in unsren Tagen finden dieselben immer mehr Anerkennung, vgl. Francke a. a. O., Puchta S. 661 fgg., Unterh. I. S. 612, Fritz, Erl. zu Wening II. S. 224 fgg., Sintenis §. 128. Not. 92 fgg., Arndts §. 256, *Worms* cit. p 38 suiv, Schmid II. S. 136 fgg. S 393 fgg. u. A. m. Doch aber kommen noch immer abweichende Meinungen vor, und selbst Mühlenbruch ist in mehrfacher Beziehung andrer Ansicht. Die früherhin verbreiteten Irrthümer, wonach man unterscheiden wollte, ob der Zessionar mit einer actio mandata oder einer actio utilis auftrete, bedürfen nach unsren obigen Ausführungen keiner besondren Widerlegung mehr, und eben so wenig möchte h. z. T. die früher ebenfalls häufig vertheidigte, und nicht selten als herrschend angeführte Ansicht Vertheidiger finden, daß nämlich die, in unsren Quellen bei ganz andren Verhältnissen

berührte und nirgends auf die Zession bezogene Eintheilung der Einreden in exceptiones rei cohaerentes und personales hierbei in Betracht komme, vgl. dagegen bes. Mühlenbr. S. 585 fgg. und Francke a. a. O. S. 426 fgg. H. z. T. handelt es sich vielmehr nur noch um einzelne Einreden, namentlich um die exceptio doli, pacti de non petendo in personam und die s. g. Einrede der Kompetenz. Was hier nun:

1) die exceptio doli anbelangt, so ist es insbesondre die l. 4. §. 27 sqq. de doli mali exc. (44, 4), welche zu der verbreiteten Meinung Veranlassung gegeben hat, daß dem Zessionar regelmäßig keine Einrede aus dem Dolus des Zedenten entgegengesetzt werden könne. Es ist dies aber sicher irrig, und schon die Glosse bemerkt mit Recht, daß in dieser Stelle gar nicht von Zession die Rede sei. Es wird vielmehr da die Frage besprochen: an de auctoris dolo exceptio emtori objiciatur? und man denke sich z. B. folgenden Fall: Primus überträgt an Sekundus eine Sache, und dieser versirt bei deren Erwerbung in dolo; Sekundus verkauft nachher diese Sache an den Tertius, und nun kommt dieselbe aus irgend einem Grunde wieder in die Hände des Primus. Darf dieser Letztre dem vindizirenden Tertius die exceptio doli entgegensetzen, wie er sie dem Auktor desselben, dem Sekundus, unbezweifelt entgegensetzen konnte. Diese Frage wird nun verneint, und offenbar mit Recht, wenn man sich nur an den Grundsatz des römischen Rechts erinnert, daß durch Betrug des Erwerbers der Eigenthums-Uebergang nicht verhindert wird, sondern blos Obligations-Ansprüche gegen den Betrüger begründet werden. Da also der Betrüger Eigenthümer wird, so kann er auch Eigenthum übertragen, und der vollkommen begründeten vindicatio des neuen Eigenthümers kann auch nicht ein Obligations-Anspruch gegen den früheren Eigenthümer entgegengesetzt werden. Wie man nun aber aus dieser Entscheidung die Regel ableiten mochte, daß dem Zessionar exceptiones personales, oder doch wenigstens die exceptio doli aus der Person des Zedenten nicht entgegengesetzt werden dürften, ist schwer einzusehen, und man verkannte dabei offenbar den großen Unterschied zwischen Succession in ein dingliches Recht und Zession einer Forderung. Wenn der neue Eigenthümer klagt, so klagt er durchaus aus seinem Rechte, und es liegt in der Natur des dinglichen Rechts, daß obligatorische Verbindlichkeiten des früheren Eigenthümers das Recht des Successors nicht schmälern; der Zessionar klagt dagegen durchaus nur aus dem Rechte des Zedenten, er will nur dessen Forderung geltend machen, die also natürlich auch gerade so beschränkt bleiben muß, wie sie es bei dem Zedenten war. Vgl. Francke a. a. O. S. 430 fgg., Schmid II. S. 140 fgg. Dies erkennt jetzt auch Mühlenbruch 3. Aufl. S. 594 fgg. an, und nimmt in Folge davon die noch in der 2. Aufl. S. 568 fgg. vorgetragene Lehre zurück, „daß nur dann dem Zessionar aus der Arglist des Zedenten eine Einrede entgegengesetzt werden könne, wenn sie mit dem Grunde des Forderungsrechts selbst in einem unmittelbaren Zusammenhange stehe, daß dagegen jeder sonstige dolus desselben die Forderung selbst nicht affizire, sondern immer nur ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen dem arglistig Handelnden und demjenigen begründe, welcher dadurch einen Nachtheil erlitten habe". Und eben so nimmt Mühlenbruch jetzt auch die andre, noch in der 3. Aufl. der

doctr. Pand. §. 500. not. 12. vertheidigte Meinung zurück, daß man unterscheiden müsse zwischen einem dolus gleich beim Eingange des Geschäfts, und einem „dolus postea in ea re a cedente admissus“, und allerdings läßt sich auch für diese Distinktion weder ein innerer Grund einsehen, noch auch kann dafür die l. 4. §. 17. de doli mali exc. angeführt werden, indem da nur der sich von selbst verstehende Satz ausgesprochen ist, daß, wenn Jemand durch seinen Sklaven oder Hausſohn eine Forderung erwirbt, dem Herrn oder Vater nur ein solcher dolus seines Sohnes oder Sklaven schaden kann, „qui admissus est in ipso negotio“, ein späterer aber nicht in Betracht kommt, aus dem augenscheinlichen Grunde, weil ja sogleich nach dem Erwerbakte die obligatio vollständig dem Vater erworben ist, und also dem Sohne kein weiterer Einfluß darauf gestattet sein kann; wie kann daraus Etwas für das Verhältniß des Zessionars zum Zedenten gefolgert werden? Es ist also erfreulich, daß auch diese Meinung jetzt von Mühlenbr. verworfen wird, vgl. dessen Zession 3. Aufl. S. 593 fgg. Wenn aber derselbe jetzt noch lehrt, daß die exceptio doli in dem Falle nicht dem Zessionar entgegengesetzt werden könne, „wo sie mit dem klagbaren Rechtsverhältnisse durchaus in keiner Verbindung stehe“ (3. Aufl. S. 593), so kann ich hierin keine wahre Ausnahme von unsrem Grundsatze anerkennen, weil nach meiner Ueberzeugung ein solcher dolus, welcher in gar keiner Verbindung mit dem klagbaren Rechtsverhältnisse steht, auch gegen den Zedenten selbst niemals eine exceptio doli begründen kann, und wenn Mühlenbr. in Not. 135. b. uns durch ein Beispiel eines Besseren belehren will, so übersieht er, daß in dem von ihm vorgetragenen Falle dem Schuldner offenbar nicht eine wahre exc. doli, sondern eine Kompensations-Einrede zur Seite steht, die sicherlich auch dem Zessionar gegenüber gebraucht werden darf; vgl. auch Fritz zu Wening II. S. 228.

2) Auch die exceptio pacti de non petendo *in personam* führt Mühlenbr. noch in der 2. Aufl. seiner Zession S. 571. und in der 3. Aufl. seiner doctr. Pand. §. 500. als eine Einrede an, die sich der Zessionar nicht gefallen zu lassen brauche, und auch Andre vertheidigen diese Meinung, vgl. z. B. Göschen, Vorl. §. 382. S. 37. a. E. u. A. mehr. Nach innern Gründen für diese, die Wortbrüchigkeit sanktionirende, Ansicht sucht man vergebens, und die Quellenzeugnisse, die Mühlenbr. dafür anführt, reden von ganz andren Verhältnissen. So wird in l. 28. §. 2. de pact. (2, 14) die Frage behandelt, ob der Sklave oder Hausſohn rücksichtlich einer zu seinem Pekulium gehörigen Forderung die Klage des Vaters durch ein pactum de non petendo beschränken dürfe, und wenn ihm hierzu das Recht abgesprochen wird, so kann doch daraus gewiß nicht gefolgert werden, daß auch der Zessionar das giltig vom Zedenten abgeschlossene pactum de non petendo sich nicht gefallen zu lassen brauche. Und in der ferner von Mühlenbr. angeführten l. 57. §. 1. eod. wird nur der gewiß von Niemanden geleugnete Satz ausgesprochen, daß, wenn Jemand verspreche, er wolle bei seinen Lebzeiten den Schuldner nicht belangen, seine Erben sofort klagen dürfen; woraus doch sicher nicht geschlossen werden kann, daß auch beim Leben des Gläubigers dessen Zessionar klagen dürfe. Vgl. Francke a. a. O. S. 424 fgg. und jetzt auch Mühlenbr. 3. Aufl. S. 599.

3) Wenn die s. g. Kompetenz-Einrede sich auf ein besondres persönliches Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger gründet, und der Schuldner steht zwar mit dem Zedenten, aber nicht auch mit dem Zessionar in diesem Nexus, so nehmen Viele an, daß sie diesem nicht entgegengesetzt werden dürfe, und so hat z. B. nicht nur Mühlenbruch ganz konstant diese Meinung vertheidigt (vgl. die 3. Aufl. S. 591. Not.), sondern selbst solche Schriftsteller, die im Uebrigen der richtigen Ansicht folgen, sind in Betreff des benef. competentiae dieser Lehre beigetreten, wie z. B. Puchta S. 662, Vorles. zu §. 284; vgl. auch Windscheid, Lehrb. §. 332. Not. 3, Schmid II. S. 36 fgg. 151 fg. 411 fgg. Man führt dafür den Hauptgrund an, daß diese Einrede nicht gegen das Forderungsrecht selbst, sondern nur gegen die Exekution gerichtet sei, daß sie auch nicht früher, als bei der wirklichen Geltendmachung der Forderung entstehe, und daß man also auch nicht sagen könne, die rechtliche Lage des Schuldners werde durch diese Entscheidung verschlimmert, denn es werde ihm ja kein Recht, was er wirklich habe, entzogen. Ich halte dies für irrig. Mag man das s. g. benef. competentiae für eine Exekutions- oder für eine Kondemnations-Wohlthat, oder für Beides zugleich halten (vgl. darüber Bd. I. §. 174. Anm. 1), so ist doch jedenfalls soviel gewiß, daß daraus eine Einrede für den Schuldner hervorgeht, die nicht etwa rein prozessualisch ist, sondern die den Inhalt des Forderungsrechts selbst affizirt und das Recht des Gläubigers mindert, und die sich eben darum auch der Zessionar eben so gut, wie der Zedent gefallen lassen muß, um so mehr, da es doch wohl eben so sehr contra bonos mores anstößt, wenn z. B. der Sohn seinen dürftigen Vater durch einen Zessionar bis auf das Aeußerste ausklagen läßt, als wenn er dies unmittelbar selbst thäte. Vgl. auch Glück XVI. S. 421 fgg. und die dort Zitt., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 228 fgg., Sintenis, Anm. 97, *Molitor* p. 479. Das freilich versteht sich von selbst, daß nach dem Tode des Zedenten dem Zessionar diese Einrede eben so wenig entgegengesetzt werden kann, wie den Erben des Gläubigers. —

Ueber die Frage, inwiefern der Zessionar sich Wiederklagen aus der Person des Zedenten und bzw. aus seiner eigenen Person gefallen lassen müsse, vgl. Schmid II. S. 152 fgg. S. 419 fgg.

Anm. 2. Auch bei der bestrittenen Frage, inwiefern der Zessionar etwaige Vorzugsrechte (beneficia legis, privilegia) des Zedenten geltend zu machen berechtigt sei, führt der Begriff der Zession zu dem einfachen Resultate, daß derselbe der Regel nach die zedirte Forderung gerade so geltend machen kann, wie der Zedent selbst, und daß ihm also allerdings auch die etwaigen Privilegien des Letztren zu Gute kommen, vgl. auch l. 2. pr. h. t. (18, 4) („id inter ementem et vendentem agi, ut neque amplius, *neque minus juris* emtor habeat"), l. 6. eod. („nam beneficium venditoris prodest emtori" sc. nominis), l. 8. C. eod. (ex emtione nominis — — — *exemplo creditorum* persecutio tribuitur"). Daß man früher auch bei dieser Frage hat unterscheiden wollen, ob der Zessionar mandatis actionibus, oder ob er actione utili auftrete, kann uns nicht auffallen; aber es braucht kaum bemerkt zu werden, daß diese Distinktion auch hierbei gänzlich verwerflich ist, und eben so wenig reicht man mit der sehr häufig hierher bezogenen Unterscheidung zwischen privilegia

causae und personae aus, denn daraus, daß die letztren nicht auf die Erben übergehen, folgt doch gewiß nicht, daß auch bei Lebzeiten des Privilegirten der Zessionar sie nicht gebrauchen dürfe. — Allerdings aber müssen doch unsrem obigen allgemeinen Grundsatze einige Modifikationen beigefügt werden. Es versteht sich nämlich

1) von selbst, daß alle solche Vorzugsrechte des Zedenten, welche mit der zedirten Forderung in gar keiner Verbindung stehen, sondern rein prozessualisch sind, von dem Zessionar nicht in Anspruch genommen werden dürfen. Hat also z. B. der Zedent das besondre Recht, auch den Verklagten vor sein Forum zu ziehen, oder hat er etwa ein privilegium de non appellando, oder ist er in Betreff der Kautionsleistungen privilegirt u. dgl. m., so bleibt alles dies dem Zessionar fremd, aus dem einfachen, schon oben S. 114. für eine andre Frage benutzten Argumente, weil der Zessionar, obwohl er ein fremdes Recht ausübt, doch den Prozeß in eignem Namen führt.

2) Außerdem ist aber auch bei denjenigen Privilegien, die der Person des Gläubigers, nicht dem Forderungsrechte selbst zustehen, darauf zu achten, ob und wieweit ein solches Privilegium schon mit der zedirten Forderung in Verbindung gekommen ist; denn nur dann, wenn dies schon geschehen, und nur soweit, als es geschehen, kann auch der Zessionar davon Gebrauch machen. Denn begreiflich geht niemals die Rechtswohlthat selbst über, weil, wie Paulus in l. 68. de R. J. sagt: „in omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat"; sondern immer kann der Zessionar nur das konkrete, durch das Benefizium für den Zedenten schon wirklich begründete Recht, in Anspruch nehmen. Nur dann also, wenn schon vor der Zession die Forderung in Folge der begünstigten Stellung des Gläubigers wirklich erweitert worden ist, und nur soweit dies schon geschehen ist, kann von einem Rechte des Zessionars die Rede sein. Zur Erläuterung und Bewahrheitung des Gesagten mögen zwei Beispiele dienen, die beide in den Pandekten erwähnt sind.

a) Der Fiskus hat bekanntlich das besondre Recht, daß er von seinem Schuldner selbst dann Zinsen fordern darf, wenn keine deßhalbige Verabredung getroffen ist. Zedirt nun der Fiskus eine solche Forderung, so geht zwar allerdings für die Zeit vor der Zession das Recht, jene Zinsen zu fordern, auch auf den Zessionar über, aber schwerlich auch für die Folgezeit, eben, weil derselbe nicht das Privilegium selbst, sondern nur das in Folge davon in concreto begründete Recht in Anspruch nehmen kann. Das Gegentheil scheint freilich in l. 43. de usur. (22, 1) ausgesprochen zu sein:

> „Herennius Modestinus respondit, *ejus temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit*, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse".

Der Fall dieses Gesetzes ist so aufzufassen. Der Fiskus succedirt in den Nachlaß Jemandes, und in demselben befindet sich namentlich auch eine unverzinsliche Forderung; später zedirt der Fiskus diese Forderung an einen Dritten, und da fragt es sich nun, ob auch der Zessionar für die nach der Successión des Fiskus

abgelaufene Zeit Zinsen fordern dürfe? Diese Frage wird bejaht, aber gewiß dachte der Jurist dabei nicht auch an die spätere Zeit nach der geschehenen Zession, sondern nur an die Zwischenzeit von der Succession des Fiskus an bis zur Zession an den Dritten, und daß dieser Endpunkt nicht besonders hervorgehoben wird, mochte den doppelten Grund haben, theils weil der Jurist den bei Weitem gewöhnlichsten Fall vor Augen hatte, daß nämlich der Zessionar sogleich nach geschehener Zession mit seiner Klage auftritt, theils weil über die Frage, ob der Zessionar auch für die Zeit nach der Zession Zinsen fordern dürfe, gar keine Meinungs-Verschiedenheit Statt fand; vgl. bes. *Merill.*, Variant. ex Cujac. lib. III. c. 33. So aufgefaßt gibt die Stelle einen mit allgemeinen Grundsätzen völlig übereinstimmenden Sinn, und ich muß daher die von vielen und ausgezeichneten Kritikern (vgl. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 405. Not. 50. und bei Mühlenbruch S. 582. Not.) gebilligte Einschiebung eines *non* hinter petere, für willkürlich und überflüssig halten, obwohl allerdings die Basiliken dafür sind, vgl. Basil. lib. XXIII. tit. 3. fragm. 43:

„Si me solvente fisco debitum tuum, fiscus mihi cesserit nomen tuum, temporis post solutionem a me factam praeteriti usuras a te *non* petam, nisi eas stipulanti spoponderis“;

doch ist gerade hier deren Auktorität um so geringer anzuschlagen, da sie augenscheinlich den eigentlichen Fall der l. 43. cit. nicht richtig aufgefaßt haben, vgl. auch den Scholiasten zu dieser Stelle, bei *Fabr.*, schol. z. tom. III. p. 452, bei *Heimb.*, schol. l. tom. II. p. 717. Glaubt man diese beschränkte Auslegung der l. 43. cit. nicht billigen zu können, sondern findet man darin die Entscheidung, daß der Zessionar auch für die Zeit nach der Zession Zinsen zu fordern berechtigt sei (vgl. z. B. Francke in Schering's Arch. I. S. 271 fgg., Windscheid Actio S. 186, Schmid II. S. 130 fgg. S. 384 fgg.): so würde sich diese Entscheidung nur dadurch erklären lassen, daß der Jurist von der Annahme ausgegangen wäre, durch das Privilegium des Fiskus werde die Forderung selbst zu einer verzinslichen, ähnlich wie wenn ein Zinsvertrag zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossen wäre; und auch für diese Auffassung lassen sich nicht unerhebliche Gründe anführen.

b) Es gibt mehrere Fälle, in denen ein privilegium exigendi an die Person des Gläubigers geknüpft ist, und da fragt sich nun, ob im Falle einer Zession auch der Zessionar Gebrauch davon machen dürfe. Für einen Fall dieser Art enthält die l. 42. de adm. et per. tut. (26, 7) in der bestimmtesten Weise den Ausspruch, daß er dies nicht dürfe:

Papinian. „Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit: in rem suam judicatus procurator datus, *privilegium pupilli non habebit*, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem“.

Erwägt man, daß durch dieses Benefizium zunächst die Forderung selbst noch keine besondre Qualität erhält, sondern nur für den privilegirten Gläubiger die Möglichkeit entsteht, im Falle eines Konkurses eine bevorzugte Stelle einzunehmen, daß also zu der Zeit der Zession noch kein in concreto wirklich begründetes Recht für den Zedenten aus jener Rechtswohlthat hervorgegangen ist, so wird

die Entscheidung des Juristen in l. 42. cit. uns ganz konsequent erscheinen, vgl. auch Puchta S. 658. Gerade diese Stelle hat übrigens von jeher unsren Juristen viele Schwierigkeiten gemacht, und man hat in mannigfacher Weise sie mit den allgemeinen Prinzipien über Zession in Einklang zu bringen versucht. Abgesehen von der, gerade auf dieses Fragment besonders gestützten, Distinktion zwischen privilegia personae und causae — einer Unterscheidung, die auch einige Wahrheit enthält, weil bei privilegia causae der Zessionar immer und unbedenklich die Ausübung hat, bei privilegia personae aber die oben angedeutete Unterscheidung Noth thut —, abgesehen hiervon, sage ich, hat noch besonders in unsren Tagen die Meinung Mühlenbruch's S. 566 fgg. vielfachen Anklang gefunden, wonach die Entscheidung der l. 42. cit. daraus erklärt werden soll, weil in dem hier entschiedenen Falle der Zedent gar kein Interesse daran hatte, ob der Zessionar das fragliche Benefizium ausübte oder nicht, so daß in Folge davon Mühlenbruch die Regel aufstellt, es gingen solche privilegia dann, aber auch nur dann auf den Zessionar über, wenn der Zedent dabei interessirt sei, vgl. auch Fritz, Erl. zu Weuing Bd. II. S. 222 fgg., Unterh. I. S. 611. Aber abgesehen davon, daß dadurch ein ziemlich unjuristisches Element in unsre Frage eingemischt wird, so ist diese Auslegung auch schon darum nicht wohl zulässig, weil der von Mühlenbruch hervorgehobene Gesichtspunkt in den Entscheidungsgründen Papinian's auch nicht entfernt angedeutet wird. —

Wenden wir uns schließlich noch einen Augenblick zu der Frage, ob der Zessionar seine eignen Privilegien auf die zedirte Forderung anzuwenden befugt sei? so kann die Beantwortung derselben nach allgemeinen Prinzipien keine wesentlichen Schwierigkeiten haben. Der Zessionar übt ein fremdes Recht aus, und daraus versteht sich von selbst, daß dieses durch keinerlei in der Person des Zessionars begründetes Vorzugsrecht quantitativ oder qualitativ erweitert werden kann, daß dieser also kein den Inhalt oder Umfang der obligatio irgend affizirendes Benefizium dabei zur Anwendung bringen kann. Auf der andren Seite aber übt der Zessionar dieses fremde Recht in eignem Interesse und für sich selbst aus, und daraus rechtfertigt es sich, daß diejenigen Privilegien desselben, die ausschließlich bei der Geltendmachung, bei der Ausübung jenes fremden Rechts in Betracht kommen, ohne den Inhalt desselben zu berühren, allerdings in Anwendung gebracht werden dürfen. Dahin gehört z. B., wenn der Zessionar ein Minderjähriger ist, das beneficium in integrum restitutionis wegen solcher lädirender Vorkommnisse, die in die Zeit nach der Zession fallen, arg. l. 7. §. 2, l. 38. de minor. (4, 4), und dahin gehören auch alle rein prozessualischen Benefizien des Zessionars.

Daß man früher statt dieser einfachen, aus dem Wesen der Zession hervorgehenden Sätze die beliebten Distinktionen zwischen actiones mandatae und utiles, zwischen oneroser und lukrativer Zession auch bei unsrer Frage aufstellte, kann uns nicht Wunder nehmen; aber auch noch in unsren Tagen ist der Grundsatz vertheidigt worden, daß überhaupt der Zessionar seine Privilegien in Anwendung zu bringen berechtigt sei. Dies lehrt z. B. Thibaut, Syst. §. 534, und in Braun's Erörtr. S. 99, rechtfertigt er es noch näher durch die Behauptung: es habe dies den „streng juristischen" Grund für sich, daß der Schuldner

sich die Zession gefallen lassen müsse, und daß der Zessionar Nachfolger des Zedenten sei; wäre der Letztre ohne Zession in eine privilegirte Lage gekommen, so habe der Schuldner dagegen nichts einwenden können, und es müsse also auch dasselbe gelten, wenn ein privilegirter Zessionar an die Stelle des Zedenten trete; und dieselbe Ansicht wird auch von Windscheid, Lehrb. §. 332 a. E. und Schmid II. S. 387 fgg. vertheidigt. Es ist überflüssig, zu bemerken, daß diese Lehre auf einem Verkennen des Wesens der Zession beruht, und einer besondren Widerlegung nicht bedürftig ist.

Aber auch unter den Vertheidigern der richtigeren Theorie ist die Ansicht verbreitet, daß wenigstens für den Fiskus eine Ausnahme zu machen sei, indem dieser allerdings seine Privilegien auch auf zedirte Forderungen anzuwenden befugt sei. Man beruft sich dafür auf l. 6. de jure fisci (49, 14):

> *Ulpian.* „Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; *caeterum postea-quam successit, habebit privilegium suum*".

Es ist aber augenscheinlich, daß hier gar nicht von einer Zession, sondern von einer Universal-Succession des Fiskus die Rede ist (was oben Bd. I. S. 842 übersehen worden ist), und eben davon ist auch gewiß die l. 17. §. 6. de usur. (22, 1) zu verstehen:

> *Paul.* „Si debitores, qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coeperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare".

Von dem Einen kann aber kein Schluß auf das Andre gemacht werden, und wir müssen daher gewiß auch bei einer an den Fiskus geschehenen Zession die allgemeinen Grundsätze in Anwendung bringen, vgl. auch Puchta S. 660, Sintenis §. 128. Not. 91, *Molitor* p. 476.

Anm. 3. Ueber das Verhältniß des Zedenten zu dem Zessionar vgl. Mühlenbruch §. 63 fg. S. 621 fgg., Puchta, Rechtslex. S. 652 fgg., Sintenis cit. zu Not. 58 fgg., *Molitor* III. p. 466 sqq., und besonders Schliemann, die Haftung des Zedenten. Rostock 1848.

Anm. 4. Die in den Gesetzen nicht speziell entschiedene Frage: wie sich die Verhältnisse gestalten, wenn der Gläubiger, ehe die Denunziation an den debitor cessus geschehen ist, eine zweite Zession vorgenommen hat? beantwortet Mühlenbruch §. 48. S. 502. in voller Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen dahin, daß dem zweiten Zessionar ganz dieselben, aber auch nur dieselben Rechte zustehen, welche der Zedent selbst vor der Denunziation hat. Die von Flach, Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden Th. 3. (1853) S. 141 fgg. vertheidigte, und seiner Angabe nach in den Nassauischen Gerichten befolgte Meinung, „daß bei separaten Zessionen an mehrere Zessionare der debitor cessus unbedingt denjenigen als neuen Gläubiger anzusehen habe, welcher ihn zuerst auf glaubhafte Weise von seinem Zessionsrechte in Kenntniß setze", hat m. E. weder Rechts- noch Billigkeits-Gründe für sich, aber dennoch mehrfache Vertheidiger gefunden, vgl. z. B. Musset in Gieß. Zeitschr. N. F. XII. S. 339 fgg., Knorr im ziv. Arch. XLII. S. 312 fgg., Windscheid actio S. 190 fgg., Sintenis zweite Aufl. §. 128. Anm. 77. Die in der Theorie

und Praxis vorherrschende Ansicht spricht sich dagegen noch immer für die m. E. richtigere Theorie aus, vgl. z. B. *Molitor* p. 471, Schäffer im prakt. Arch. I. S. 149 fgg., III. S. 463 fgg., Bähr S. 435 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 331. Not. 10. (der hier seine frühere abweichende Meinung zurücknimmt), Schmid II. S. 236 fg. S. 297 fgg.

Anm. 5. Ueber den vom Zessionar zu führenden Beweis und die zur Sicherheit des debitor cessus zu stellenden Kautionen vgl. Bähr S. 446 fgg., Sintenis 2. Aufl. §. 128. Anm. 100, Windscheid, Lehrb. §. 334, Schmid II. S. 66 fgg., S. 262 fgg., S. 371 fgg.

c) Beschränkung der Zession durch die s. g. lex Anastasiana. §. 576.

Anastas. l. 22. C. mandati vel contra (4, 35): Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem jubemus, in posterum hujusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, *ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur*, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine atque tuitione accepit, nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicuti superius declaratum est, magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda, ut cessiones, tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem, sine quadam imminutione obtineant. — Ueber die ältere Literatur

vgl. die Nachweisungen bei Glück XVI. S. 458. Not. 99, wozu aus unsren Tagen außer den zahlreichen Abhandlungen über die Beweislast bei der lex Anastasiana, die meistens auch weiter gehende Erörterungen über dieses Gesetz enthalten (s. darüber die Zitate in Anm. 2.), noch besonders hinzugekommen sind die Ausführungen von Mühlenbruch, Zession §. 53, Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 647 fgg., Schmid I. S. 34 fgg.

Anm. 1. Ist gegen das Anastasische Gesetz gefehlt, so gereicht dies nach der herrschenden Lehre zum Vortheile des Schuldners, indem danach der Theil der Forderung, welchen der Zessionar nicht einklagen darf, ganz erlöschen soll; und namentlich ist man h. z. T. auch darin einverstanden, daß der Fiskus, an welchen manche Aelteren dachten (vgl. *Carpzov*, resp. jur. lib. V. resp. 33. nr. 35 sqq, *Mevius* P. III. dec. 1.), keine Ansprüche auf jenen Rest zu machen habe, so daß selbst Mühlenbruch, der doch, wie wir oben sahen, in andren ähnlichen Fällen allerdings ein Recht des Fiskus anerkennt, hier die auch gewiß allein richtige verneinende Meinung vertheidigt. Dagegen haben neuerlich Brackenhöft im ziv. Arch. XXIII. 6. und Herrmann im ziv. Arch. XXXI. S. 63 fgg., und zwar, wie es scheint, unabhängig von ihren Vorgängern, eine Ansicht aufgestellt, welche früher öfter vertheidigt (vgl. die Zitate bei Glück XVI. S. 467. Not. 12.), h. z. T. aber fast gänzlich ignorirt, und z. B. auch von Mühlenbruch nicht einmal erwähnt ist. Danach soll nämlich folgender Unterschied gemacht werden. Wenn durch ein einfaches unverdecktes Kaufgeschäft die Anastasische Verordnung übertreten sei, so solle der Rest der Forderung noch immer dem Zedenten verbleiben. Werde aber die Forderung zum Theil verkauft, zum Theil verschenkt, oder werde der wirklich vorgekommene Verkauf durch eine simulirte Schenkung verdeckt, so solle in diesen Fällen der Schuldner allerdings von dem Reste der Forderung ganz liberirt werden, derselbe mithin sowohl für den Zedenten, wie für den Zessionar verloren gehen. Von dem ersteren Falle spreche die lex Anastasii selbst, die l. 22. C. mandati, von dem zweiten dagegen, und nur von diesem zweiten spreche die Justinianische l. 23. eod.; vgl. auch Schmid S. 38 fgg. — Ich kann dieser Meinung nicht beitreten. Es ist zwar wahr, daß in der l. 22. cit. nirgends ausdrücklich gesagt ist, daß der Zedent sein Recht ganz verlieren soll, und eben so wahr ist es, daß die l. 23. cit. den Worten nach nur den Fall einer theilweisen oder simulirten Schenkung entscheidet, so daß man also nach rein grammatischer Interpretation allerdings wohl zu der Brackenhöft'schen Distinktion gelangen könnte, aber gewiß nicht nach Sinn und Geist beider Gesetze. Fassen wir zunächst die l. 22. cit. in's Auge. Es war öfter vorgekommen, daß gewinnsüchtige Leute — wohl hauptsächlich rabulistische Advokaten — zweifelhafte oder unsichere Forderungen für geringe Summen käuflich an sich brachten, und dann als Zessionare die angeblichen oder wirklichen Schuldner durch mancherlei Chikanen drangsalten. (Daß diese Auffassung des Motivs natürlicher und den Worten des Gesetzes angemessener ist, als die von Brackenhöft und Herrmann vertheidigte, scheint mir unzweifelhaft. Diese glauben

nämlich, das Gesetz habe besonders für den Zedenten Vorsorge treffen wollen, und Fälle vor Augen gehabt, wo jene Aufkäufer durch lügenhafte Vorspiegelungen die Richtigkeit oder Sicherheit guter Forderungen dem Gläubiger verdächtigt hätten. Es ist dies nicht nur an sich gezwungen, sondern die Worte „hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere" dürften auch sehr schwer von solchen dem Gläubiger gemachten Vorspiegelungen verstanden werden). Solchem Unwesen sollte nun dadurch gesteuert werden, daß Forderungen aus dem eigentlichen Handelsverkehr möglichst ganz entfernt würden, und zu diesem Zwecke wurde verordnet, daß der Zessionar niemals mehr einklagen dürfe, als er dem Zedenten gegeben habe; dadurch war jeder Reiz für solche, den debitor cessus belästigende Aufkäufer weggefallen, denn wer mochte kaufen, wo keinerlei Gewinn zu machen, aber leicht möglicher Verlust zu befürchten war? Nun ist es aber doch gewiß das Natürlichste, daß ein, lediglich im Interesse des *debitor cessus* abgefaßtes Gesetz, im Kontraventionsfall auch gerade diesem Vortheile gewährt, und namentlich hat der Zedent keinerlei Ansprüche auf solchen Vortheil, da er ja durch eine freiwillige Handlung sein ganzes Recht aufgegeben hat. Daß nun aber diese Auffassung der l. 22. cit. nicht eine blos mögliche ist, sondern für das Justinianische Recht mit Nothwendigkeit angenommen werden muß, wird durch l. 23. C. eod. bewiesen. Dieses letztre Gesetz kündigt sich nämlich als einen Nachtrag zu der Anastasischen Verordnung an, („generaliter Anastasianae legi subvenientes sancimus"), und zwar als einen sich so sehr von selbst verstehenden Nachtrag, daß der Kaiser in §. 3. sagt, von Rechtswegen sollte dieses sein Gesetz auch rückwärts, bis zur Zeit des Anastasischen Gesetzes hin angewendet werden, und er wolle nur davon abstehen, damit man ihm ja nicht den freilich ungerechten Vorwurf der Härte machen könne. In diesem Gesetze nun, in welchem wir hiernach unmöglich etwas wahrhaft Neues erwarten können, wird zuerst erzählt, daß Gläubiger mehrfach das Anastasische Gesetz dadurch zu umgehen versucht hätten, daß sie die Forderung zum Theile verkauft, zum Theile verschenkt hätten, und daran wird dann die Bestimmung angeknüpft, daß dergleichen Umgehung nicht ferner geduldet werden solle, sondern auch in solchem Falle der Zessionar nicht mehr einklagen dürfe, als er wirklich dem Zedenten gegeben:

> „ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit, sed omne, quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, *inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitores vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem*".

Nach dem Obigen läßt sich aber nicht zweifeln, daß hier der Kaiser für den Fall des mit Schenkung gemischten Kaufs gerade nur eben das eintreten lassen will, was nach der lex Anastasiana selbst im Falle eines reinen Kaufgeschäfts Platz greift, daß also nichts weiter verfügt ist, als daß die theilweise Schenkung als offenbar simulirt nicht beachtet, und also das ganze Geschäft als reiner Verkauf aufgefaßt werden soll. Und in der That wäre auch schwer einzusehen, wie eine verschiedene Behandlung jener beiden Fälle sich legislativ irgend recht-

fertigen lassen sollte; denn wenn man wohl schon gesagt hat, daß dort im Falle des reinen Kaufgeschäfts der Zedent in bona fide sei, während hier bei der theilweisen oder simulirten Schenkung er zu einer böslichen Umgehung des Gesetzes mitwirke, so ist dies, namentlich für den Fall der theilweisen Schenkung, so augenscheinlich unhaltbar, daß eine besondere Widerlegung überflüssig erscheint. —

Als Resultat ergibt sich uns also, daß stets, wenn das Anastasische Gesetz zur Anwendung kommt, sei es im Falle eines reinen Verkaufs, oder im Falle einer theilweisen oder simulirten Schenkung, der Zedent sowohl, wie der Zessionar ihre Ansprüche auf den Ueberschuß verlieren, und dieser dem Schuldner zu Gute kommt. Ob aber der Letzte nicht wenigstens naturaliter verhaftetet bleibe? ist auch hier nicht unbestritten, und so wird z. B. diese Frage auch noch in unsren Tagen von *v. d. Pfordten*, de oblig. civ. in natur. transitu pag. 40. bejaht, aber gewiß mit Unrecht, denn der Kaiser spricht ja nicht etwa nur die Klage ab, sondern außerdem auch noch allen und jeden Gewinn; vgl. auch Mühlenbruch S. 550 a. E., Schwanert, Naturaloblig. S. 477 fg., *Machelard*, des oblig. natur. p. 517 suiv.

Anm. 2. Wie die Beweislast in Betreff der lex Anastasiana zu bestimmen sei, ist eine auch h. z. T. bestrittene und vielbesprochene Frage, vgl. unter den Neuern bes. *Spangenberg*, tr. quaestionem sistens: num leg. Anast exceptio, quam vulgo nuncupant, vera sit exceptio, an potius ad negativ. lit. cont. referenda? Jen. 1805, Mühlenbruch Zess. S. 605 fgg., v. Bannwarth, über Beweislast und Beweisführung bei Anwendung der Anastas. Verordnung. Würzburg 1821, Burchardi im ziv. Archiv. XVIII. 8, Brackenhöft ebendas. XVIII. 6, Roßhirt in sein. Zeitschr. II. S. 369 fgg. Die herrschende Lehre hat sich dafür entschieden, daß der Zessionar den Beweis übernehmen müsse, er habe wirklich so viel, als er einklage, an den Zedenten gezahlt, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XVI. S. 471. Not. 15. u. 16, und bei Burchardi a. a. O. Not. 2, wozu auch noch Puchta in Weiske's Rechtler. II. S. 651, Unterh. I. S. 608 und Roßhirt in der angef. Abh. kommen; s. auch noch Sintenis Anm. 57, Arndts Lehrb. §. 259, *Molitor* p. 491 sq., Schmid S. 38, Seuffert's Archiv I. 29, V. 126. XV. 19. Doch hat es auch niemals an Vertheidigern der entgegengesetzten Lehre gefehlt, wonach der debitor cessus beweisen muß, daß und wie viel weniger der Zessionar an den Zedenten gezahlt habe, und unter den neueren Juristen sind dieser Meinung insbes. Weber, über die Verb. zur Beweisf. im Zivilproz. VI. §. 29. (in der Ausg. von Heffter S. 190 fgg.), Bethm.-Hollweg, Vers. über einzelne Theile der Theorie des Zivilproz. S. 357 fgg., Knappe, Vers. eines Entw. des Begriffs der Exzeptionen §. 43, Maren, Beweislast S. 157 fgg., Windscheid Lehrb. §. 333 Not. 7, und vorz. Burchardi a. a. O., welcher in sehr ausführlicher Entwicklung diese Ansicht näher zu begründen versucht hat. Endlich haben neuerlich Brackenhöft und Herrmann a. d. aa. OO. die Meinung vertheidigt, daß die Beweislast verschieden sein müsse, je nachdem die Berufung auf das betreffende Gesetz als eine Bestreitung der Legitimation des Zessionars, oder als eine Behauptung der Tilgung der Forderung oder eines Theils derselben

erscheine; das Erstere sei der Fall, wenn der Schuldner sich auf die lex Anastasii selbst berufe, und hier müsse der Zessionar beweisen; das Zweite komme aber dann vor, wenn der Schuldner die Justinianische l. 23. cit. für sich anführe, und in diesem Falle liege ihm der Beweis ob. Diese Theorie von Brackenhöft hängt unmittelbar mit der in der vorigen Anm. besprochenen eigenthümlichen Ansicht dieses Schriftstellers über das Verhältniß der Anastasischen und Justinianischen Verordnung zusammen, und bedarf daher hier keiner weitereren besondren Würdigung. Was aber die beiden andren Theorieen anbelangt, so muß es als vergeblicher Versuch erscheinen, die eine oder die andre a priori begründen zu wollen, da jede rechtlich möglich ist, und die Frage kann also nur die sein, was nach Wort und Geist der *l. 22.* und *23. C. mandati* angenommen werden müsse? Die Vertheidiger der communis opinio sagen nun, in Folge jener Gesetze sei der Umstand, daß der Kläger so viel an den Zedenten gegeben habe, wie er jetzt von dem debitor cessus fordere, ein die Klage begründendes Faktum, und wenn der Beklagte dies in Abrede stelle, so erscheine dies als eine wahre litis contestatio negativa. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Lehre behaupten dagegen, auch nach Erlaß jener Gesetze sei eben so, wie vorher, die Klage schon durch das bloße Faktum der Zession vollständig begründet, und der Umstand, daß der Kläger dem Zedenten weniger gegeben, als er jetzt vom dem debitor cessus einfordere, sei nur eine, das Klagerecht theilweise hindernde und resp. aufhebende Thatsache, so daß der Beklagte, wenn er etwas dieser Art behaupte, eine wahre Einrede vorschütze. Ich nehme keinen Anstand, der herrschenden Lehre beizutreten, denn sowohl die l. 22. cit:

> „— — ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem — — *actiones exercere permittatur*“,

als die l. 23. eod.:

> „— — et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit — — *aliquam contra debitores* — — *esse utrique eorum actionem*“,

sagen bestimmt genug, daß der Zessionar nur auf soviel eine Klage haben soll, wie er selbst dem Zedenten gegeben habe, was doch ohne Zwang nicht anders gedeutet werden kann, als daß die Zahlung der ganzen von ihm in Anspruch genommenen Summe zur Begründung seiner Klage gehört. Wir sind aber um so weniger berechtigt, jenen Worten einen andren Sinn unterzulegen, weil dadurch wirklich in den bei Weitem meisten Fällen die ganze Anastasische Verordnung außer alle Anwendung gesetzt würde; denn sobald man dem debitor cessus den Beweis aufbürden will, wird derselbe augenscheinlich nur sehr selten auf jenes Gesetz provoziren können, weil er denselben, wenn nicht besonders glückliche Umstände zusammentreffen, nicht leicht anders, als durch die höchst mißliche Eidesdelation zu führen im Stande ist. Es konnte aber der Gesetzgeber auch um so leichter dem Zessionar den Beweis auflegen, als er für diesen auch nicht die mindesten ernstlichen Schwierigkeiten haben kann. Unbedenklich müssen nämlich auch die Zessions-Urkunde oder sonstige Atteste oder mündliche Erklärungen des Zedenten als völlig genügende Beweismittel anerkannt werden;

und wenn doch Viele das Gegentheil behaupten, weil Privaturkunden nur gegen den Ausſteller, nicht auch gegen Dritte beweiſen könnten, oder, wie Andre ſagen, weil der Zedent als der Kolluſion verdächtig angeſehen werden müſſe, ſo iſt dies gewiß irrig. Eine Urkunde nämlich, worin der Ausſteller eine von ſeinem freien Willen abhängige Diſpoſition vornimmt oder beurkundet, iſt nicht nach den gewöhnlichen Grundſätzen der Privaturkunden zu beurtheilen, ſondern beweiſ't nothwendig auch gegen Dritte; und wie z. B. dann, wenn der Gläubiger in Gegenwart des Schuldners ſeine Forderung für eine beſtimmte Summe verkaufte, der debitor cessus ſicherlich nicht noch andere Beweismittel verlangen könnte, eben ſo wenig kann er noch andere Beweiſe verlangen, wenn der Zeſſionar eine als echt anerkannte Urkunde produzirt, worin der Zedent bekennt, daß er ſeine Forderung für eine beſtimmte Summe an den Zeſſionar verkaufe oder verkauft habe. Will ſich der debitor cessus dabei nicht beruhigen, ſo muß er den Beweis einer vorhandenen Kolluſion übernehmen, denn eine ſolche zu vermuthen, und alſo dem Kläger den Beweis des Nichtvorhandenſeins derſelben aufzulegen, gibt es keinen rechtlichen Grund. Vgl. auch Gensler im ziv. Arch. II. S. 4 fgg., v. Bannwarth a. a. O. S. 36 fgg., Mühlenbruch und Unterh. citt., Seuffert's Arch. I. 29.

So unzweifelhaft es mir hiernach erſcheint, daß der Zeſſionar den Beweis übernehmen müſſe, ſo hat man doch dagegen mehrfache nicht ganz unſcheinbare Gründe vorgebracht, die am vollſtändigſten von Burchardi a. a. O. zuſammengeſtellt ſind, und die hier noch in der Kürze angegeben werden ſollen. Sehen wir nämlich von den angeblichen Billigkeits-Rückſichten ab, auf die Burchardi ſelbſt kein großes Gewicht legt, und die ſich überdies durch unſere vorhergehenden Bemerkungen über die Art und Weiſe der Beweisführung leicht beſeitigen, ſo führt Burchardi

1) an, daß es der Folgen wegen in der Regel ganz unausführbar ſei, dem Zeſſionar die Beweislaſt aufzulegen; denn denke man ſich, daß derſelbe dieſen Beweis verſitze oder verfehle, ſo müſſe man juriſtiſch annehmen, derſelbe habe nichts für die Zeſſion gegeben; werde dies aber angenommen, ſo ſei damit auch die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana ausgeſprochen, indem dieſe ja bekanntlich bei ſchenkweiſer Zeſſion nicht Platz greife, und ſo müſſe alſo trotz des verſeſſenen oder verſäumten Beweiſes der Beklagte dennoch das Ganze zahlen! — Wenn aber Burchardi bei dieſer Argumentation von der Prämiſſe ausgeht, daß die Folge des verſäumten oder verfehlten Beweiſes die Fiktion einer ſchenkweiſen Zeſſion ſei, ſo iſt dies gewiß unzuläſſig, indem nach bekannten Prozeßregeln die einfache Folge der Beweisfälligkeit ſtets der Verluſt des Prozeſſes iſt, ohne daß es dazu irgend der Vermittlung einer Fiktion bedürfte.

2) „Anaſtaſius ſehe offenbar den Ankauf von Forderungen unter dem Werthe als eine ſchlechte, durch ſchmutzige Gewinnſucht eingegebene Handlung an. Nun wäre es aber doch unerhört, wenn bei Zeſſionaren die Vermuthung für den Dolus ſtreiten und ihr Erwerb der Forderung ſo lange für eine Betrügerei gelten ſollte, bis ſie erwieſen hätten, daß ſie wirklich ehrlich zu Werke gegangen ſeien". Leicht erſichtlich liegt hier eine Verwechslung zwiſchen legislativer und richterlicher praesumtio doli zu Grunde. Allerdings ging der Geſetz-

geber von dem Gedanken aus, daß das Aufkaufen von Forderungen zu geringeren Preisen in der Regel aus niedriger Gewinnsucht hervorgehe, und eben um solcher Chikane möglichst vorzubeugen, verfügte er, daß kein Zessionar mehr einklagen dürfe, als er selbst dem Zedenten für die Forderung gegeben habe. Wenn nun in Folge dieser gesetzlichen Vorschrift der Zessionar den Beweis führen muß, daß er wirklich so viel gegeben, als er fordert, so geschieht dies nicht, weil auch in dem konkreten Falle vom Richter eine Chikane vermuthet würde, sondern blos und allein, weil jeder Kläger seine Klagfakta beweisen muß.

3) Burchardi beruft sich auch darauf, daß die lex Anastasiana offenbar ein Benefizium juris für den Schuldner begründe, und es eine bekannte Regel sei, daß Niemand auf eine Rechtswohlthat Anspruch machen könne, als wenn er die faktischen Voraussetzungen derselben erweise; und zu demselben Resultate gelange man auch noch durch die andre Betrachtung, daß durch die Anwendung der lex Anastasiana ein Theil der Forderung aufgehoben werde, und die Berufung auf dieses Gesetz also im Grunde als eine *exceptio solutionis* erscheine. — Nach der richtigeren Ansicht muß man dagegen so sagen: die lex Anastasiana bezweckt wesentlich nur, eine neue Voraussetzung für das Klagerecht des Zessionars zu begründen, und wenn in Folge davon auch der debitor cessus einen Vortheil davon hat, und ein Theil der zedirten Forderung erlöscht, so sind dies eben nur sekundäre Folgen, die begreiflich auf die Beweislast keinen Einfluß äußern können.

4) Endlich legt Burchardi auch noch viel Gewicht auf die Unterscheidung zwischen dem von ihm s. g. materiellen und formellen Klagfundamente, mit welchen neuen Worten er den alten Gedanken ausdrücken will, daß der Kläger nur die eigentlich recht-erzeugenden Fakta (s. g. formelles Klagfundament), aber nicht auch das Nichtvorhandensein der recht-hindernden oder recht-vernichtenden Thatsachen (s. g. materielles Klagfundament) zu beweisen habe, indem vielmehr das Vorhandensein der letztren dem Beklagten zu Beweis gestellt werden muß. Wenn nun aber hierbei Burchardi behauptet, der Umstand, daß der Zessionar den vollen Betrag der von ihm in Anspruch genommenen Summe dem Zedenten gegeben haben müsse, gehöre nur zu dem materiellen, nicht auch zu dem formellen Klagfundamente, sondern das letztre werde durch das bloße Faktum der Zession erschöpft, so ist dies eine Behauptung, deren Unwahrheit aus Wort und Geist der l. 22. und 23. C. mandati nachzuweisen oben versucht worden ist.

B) Uebernahme einer fremden Schuld durch Interzession.

a) Begriff und Arten. §. 577.

Anm. Eine Interzession ist dann vorhanden, wenn man eine fremde Schuld mittelst Verhandlung mit dem Gläubiger auf sich nimmt. Zwar ist dieser Begriff in unsren Quellen nirgends mit Bestimmtheit ausgesprochen, wie wir dort ja überhaupt auch nur selten eigentliche Definitionen antreffen; aber

er läßt sich doch ohne Mühe aus den Quellen erweisen. Der einzige Grund, weßhalb die Aufstellung eines schärferen Gattungsbegriffs von Interzession als Bedürfniß erscheint, ist nämlich durch das bekannte SC. Vellejanum gegeben, indem dieses, abgesehen von einigen, auf besonderen Gründen beruhenden Ausnahmen, auf alle wahren Interzessionsfälle, aber auch nur auf diese, in Anwendung gebracht wurde, und so sind denn die Aussprüche der Quellen über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit dieses Senatsbeschlusses als eben so viele Zeugnisse über das Dasein oder Nichtdasein einer wahren Interzession aufzufassen, nur daß natürlich in der letztren Beziehung alle diejenigen Stellen auszuscheiden werden müssen, in denen eigentliche Ausnahmen von der Regel jenes SC. angeführt werden. Soll sich hiernach unser obiger Begriff als richtig erproben, so müssen theils die Fälle, die nach den Gesetzen nicht in die Sphäre des SC. Vellejanum fallen, auch in jenem Begriffe nicht enthalten sein, theils sämmtliche Fälle, für welche jener Senatsbeschluß als anwendbar in den Gesetzen angeführt wird, auch unter jenen Begriff fallen. Dieses Beides wird sich von selbst aus dem Folgenden ergeben:

I. In Gemäßheit des oben aufgestellten Begriffs gehört es wesentlich zur Interzession, daß

1) der Interzedent eine Obligation auf sich nehme, daß er Schuldner werde. So ist es denn auch wirklich keine Interzession, und das SC. Vellej. bleibt außer Anwendung, wenn eine Frau Jemandes Schulden baar bezahlt, l. 4. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. 4. f. C. eod. (4, 29), oder, was natürlich gleich viel ist, ihre Sache an Zahlungs Statt hingibt, l. 5. eod., oder wenn sie ihren Schuldner dem Gläubiger Jemandes delegirt — was auch alsbaldiger Zahlung gleich steht —, l. 8. §. 5. eod., oder wenn sie ein ihr zustehendes Pfandrecht aufgibt, l. 8. pr. eod., l. 11. 21. C. eod., aus welcher letztren Bestimmung aber keineswegs hervorgeht, daß auch das mit einem andern Gläubiger abgeschlossene s. g. pactum de postponendo (Verzicht auf die Priorität) nicht als Interzession angesehen werden könne, wie z. B. Gesterding, Nachforsch. VII. S. 246 fgg. annimmt; vielmehr enthält dies allerdings eine wirkliche Interzession, wie namentlich auch aus l. 17. §. 1. eod. mit Sicherheit hervorgeht, s. Deurer im ziv. Arch. XXVIII. S. 413 fgg., Bachofen, ausgew. Lehren S. 51 fg., Windscheid, Lehrb. §. 485. Not. 8. — Aus diesen Gründen kann es denn auch begreiflich nicht als Interzession aufgefaßt werden, wenn eine Frau eine Sache verkauft, und den Käufer anweis't, den Kaufpreis an den Gläubiger Jemandes zu zahlen, l. 5. eod.:

> „— — nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto SCto locum esse“,

und die scheinbar widerstreitende l. 32. §. 2. eod. muß doch wohl dadurch beseitigt werden, daß hier eine vorausgehende wirkliche Interzession supponirt wird, in welchem Falle natürlich die späteren Handlungen der Frau, welche die Effektuirung dieser Interzession bezwecken, eben so ungiltig sind, wie die Interzession selbst, s. auch l. 8. §. 3. eod., und vgl. Glück XIV. S. 460. Not. 73, dem die meisten Neueren beistimmen, s. z. B. *Windscheid*, de val. mul. interc.

p. 6, Sintenis in Gießer Zeitschr. X. S. 51, Kattenhorn, über Interz. der Frauen S. 36, Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession. Gött. 1856. S. 17 fgg. (Die Erklärung, welche jetzt Windscheid im ziv. Arch. XXXII. S. 291 fgg. vertheidigt, daß sich nämlich Gaius in l. 5. cit. die Frau als Zug um Zug verkaufend, Pomponius in l. 32. cit. dagegen nur als eine obligatio aus dem Kaufe, eine actio emti, übernehmend gedacht habe, ist, abgesehen von andren Gründen, schon darum unzulässig, weil gerade in l. 32. cit. ausdrücklich die alsbaldige Erfüllung des Kaufvertrags von Seiten der Frau, die alsbald erfolgende Tradition, vorausgesetzt wird; vgl. jetzt auch Windscheid, Lehrb. §. 485. Not. 5).

2) Der Interzedent muß eine fremde Verbindlichkeit auf sich nehmen; es muß also stets ein Andrer der eigentliche Schuldner sein, und der Interzedent dann entweder an dessen Statt treten, oder sich doch zur Sicherheit des Gläubigers neben demselben verpflichten. Daß in solcher Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit das eigentlich Charakteristische der Interzession besteht, wird öfter in den Quellen hervorgehoben, vgl. z. B. l. 2. §. 5. ad SC. Vellej. [„— — procul dubio intercedit, suscipit enim in se alienam obligationem“], l. 8. §. 1. eod. [„non putat eam intercessisse, nullam enim obligationem alienam recepisse“], l. 15, l. 17. pr. eod. u. a. m., und so ist es z. B. keine Interzession, wenn Jemand das Risiko einer Unternehmung auf sich nimmt, l. 8. §. 1, l. 19. §. 1. eod., l. 6. pr. C. eod. (4, 29). Wenn dagegen in l. 6. §. 1. eod. eine Interzession doch dann angenommen wird, wenn eine Frau einen Vormund, welcher sich zu erkusiren beabsichtigt, dadurch zur Annahme der Vormundschaft bestimmt, daß sie ihm Schadloshaltung verspricht, so bezieht sich dies offenbar nur auf den Fall, wenn der Vormund fürchtet, das Vermögen des Mündels sei so gering, daß er später wegen seiner mit der actio tutelae contraria geltend zu machenden Forderungen keine Befriedigung erlangen werde, und da in solchem Falle die Frau wirklich eine fremde Schuld, nämlich die künftige des Mündels übernimmt, so ist derselbe gar sehr von den in l. 8. §. 1. D. und l. 6. pr. C. eod. behandelten Fällen verschieden.

3) Endlich ist aber auch erforderlich, daß der Interzedent die fremde Obligation durch ein Geschäft mit dem Gläubiger auf sich nehme, und so ist es begreiflich keine Interzession, wenn Jemand durch Erbschaftsantritt, vgl. l. 32. pr. ad SC. Vellej., oder durch Erbschaftskauf fremde Schulden auf sich nimmt, l. 13. pr., l. 19. §. 3. eod., oder wenn man Jemanden verspricht, seine Schulden bezahlen zu wollen, vgl. l. 19. pr. eod., wo der Fall entschieden wird, wenn Jemand sich scheut, wegen gefürchteter Erbschaftsschulden die angebotene Erbschaft anzunehmen, sich aber durch ein Indemnitäts-Versprechen von Seiten einer Frau doch zum Antritt bestimmen läßt, und es wird hier die Anwendbarkeit des SC. Vellejanum in Abrede gestellt, *„quando vix est, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit“*. Wäre dagegen der Delat darum schwankend gewesen, weil er an der Güte der Erbschafts-Forderungen wegen vermutheter Insolvenz der Schuldner zweifelte, und eine Frau verspräche ihm, so viel zu zahlen, als er von diesen Schuldnern nicht erlangen könnte, so wäre dieses allerdings eine wahre Interzession, indem hier ja wirklich

durch ein mit dem Gläubiger abgeschlossenes Geschäft für eine fremde Verbindlichkeit einzustehen versprochen wird, l. 19. §. 4. eod. Wenn Manche anderer Meinung sind, indem sie die Worte der l. 19. cit.: „prope est, ut sit intercessio“ als eine Negirung der Interzession auffassen, vgl. z. B. Kattenhorn, Interz. der Frauen §. 16. S. 50 fgg., so ist dies gewiß nicht zu billigen. (Die Einwendungen, welche Brinz, Lehrb. S. 630. und Windscheid, Lehrb. §. 485. Not. 6. und 8. gegen dieses dritte Merkmal des Interz. Begriffs erheben, scheinen mir nicht begründet zu sein). —

Dies sind die Merkmale, die nach meiner Ueberzeugung als wesentlich für den Begriff der Interzession angesehen werden müssen. Wenn man dagegen öfter diesen Begriff noch weiter einschränkt, und namentlich auch dazu fordert, daß der Interzedent bei der Uebernahme der fremden Verbindlichkeit nicht in eignem Interesse, sondern im Interesse des Schuldners oder Gläubigers handeln müsse, so läßt sich dieser Behauptung schwerlich beistimmen, indem in solchen Fällen zwar wohl aus nahe liegenden Gründen das SC. Vellejanum ausgeschlossen ist, vgl. l. 3, l. 18. pr., l. 17. §. 2, l. 19. §. 3, l. 22, l. 25. §. 1, l. 27. §. 2. ad SC. Vellej., aber dennoch eine wahre Interzession angenommen werden muß. —

Vgl. überhaupt Sintenis in Gießer Zeitschr. X. 2, *Windscheid*, de valida mulierum intercessione. Bon. 1838. p. 5 sqq., Kattenhorn, über Interzessionen der Frauen. Gießen 1840. S. 33 fgg., Kritz, Pand.-R. Th. I. Bd. I. S. 244 fgg., Deurer im ziv. Arch. XXVIII. S. 407 fgg., Liebe in Weiske's Rechtslex. V. S. 507 fgg., *Molitor* cit. III. p. 352 sqq., Brinz, Lehrb. §. 145, Windscheid, Lehrb. II. §. 485.

II. Stellen wir nun die Fälle zusammen, in denen eine Interzession wirklich Statt findet, so ist die gewöhnliche Eintheilung in privative und kumulative Interzession recht wohl zu billigen, indem die erste dann Platz greift, wenn der Interzedent statt des eigentlichen Schuldners die fremde Schuld übernimmt, die zweite aber dann, wenn der Interzedent neben den eigentlichen Schuldner tritt. Als privative Interzession kommt aber vor:

1) Die Expromission, worunter wir überhaupt verstehen, wenn eine schon vorhandene Verbindlichkeit mit Ausschluß des bisherigen Schuldners von einem Andren übernommen wird, und wohin der Sache nach auch der Fall gehört, wenn Jemand ein Kompromiß für einen Andern eingeht, l. 32. §. 2. de except. (4, 8), oder in einem Rechtsstreite als Defensor eines Andren auftritt, „suscipit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condemnationem“, l. 2. §. ult. ad SC. Vellej., cf. l 10. §. 1. de in rem verso (15, 3), l. 23. de solut. (46, 3). — Diese Expromission ist eine Unterart der Novation, und dort muß auch näher von derselben geredet werden.

2) Die Intervention, wenn Jemand eine Verbindlichkeit für einen Andren auf sich nimmt, die noch gar nicht in der Person dieses Anderen begründet ist, l. 8. §. 14. ad SC. Vellej.:

„Si, quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, intercessisse videtur“,

vgl. l. 2. §. 1, l. 11. 12, l. 29. pr. eod., l. 4, l. 19. C. eod.; vgl. Hasenbalg a. a. O. S. 82 fgg. —

Bei der kumulativen Interzession ist aber wieder der doppelte Fall zu unterscheiden, wenn der Interzedent so neben den ursprünglichen Schuldner tritt, daß der Gläubiger Jeden von Beiden als seinen prinzipalen Schuldner angreifen kann, oder wenn er dies so thut, daß der Gläubiger nur blos in subsidium den Interzedenten belangen kann. In den Fällen der erstren Art kann man von einer prinzipalen, in den Fällen der andren Art aber von einer accessorischen oder subsidiären Interzession sprechen.

1) Eine kumulative prinzipale Interzession ist dann vorhanden, wenn der Interzedent als *correus debendi* einer fremden Verbindlichkeit hinzutritt (vgl. oben §. 573), und außerdem, wenigstens nach der richtigeren Ansicht in vielen Fällen des *constitutum debiti alieni* (§. 579).

2) Eine kumulative accessorische Interzession kommt aber vor bei der Bürgschaft (§. 578), dem s. g. *mandatum qualificatum* (§. 580), in manchen Fällen des *constitutum debiti alieni* (§. 579), und bei der Verpfändung von Sachen für fremde Forderungen. —

b) Insbesondre.

aa) Fidejussio. §. 578.

Inst. III. 20. [21] de fidejussoribus, Dig. XLVI. 1, Cod. VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. Vgl. Gai. III. §. 115 sqq. — *Lauterbach*, de fidejussorib., in diss. acad. tom. II. nr. 82, *Quinet*, de fidejussorib. sec. jus Rom. Lov. 1825, Kritz, Pand. R. Th. I. Bd. I. S. 115 fgg., Unterholzner II. S. 801 fgg., Koch III. S. 848 fgg., Liebe in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 512 fgg., Girtanner, die Bürgschaft nach gem. Zivilrechte. Jena 1851. Vgl. auch Bekker, proz. Kons. S. 182 fgg.

Anm. 1. Aus dem Grundsatze, daß die Obligation des Bürgen eine streng accessorische ist, und ausschließlich die Sicherstellung des Gläubigers zum Zweck haben darf, gehen insbesondere folgende zwei Konsequenzen hervor:

1) Die Bürgschaft kann sich niemals auf ein von der prinzipalen Verbindlichkeit verschiedenes Objekt beziehen, widrigen Falls sie nichtig ist, l. 42. h. t.:

> *Javolen.* „Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, *quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest*".

(Wenn hier der Jurist fortfährt „quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque

merce aestimanda est", so hat man daraus schon, und nicht ohne Schein, schließen wollen, daß wenn der prinzipale Schuldner etwas Andres als Geld schulde, die Bürgschafts-Stipulation doch auf Geld gerichtet werden dürfe; vgl. aber dagegen die feine Bemerkung von *Averan.*, interpr. lib. II. c. 4. §. 13). Eine interessante Anwendung dieses Satzes kommt in dem Falle vor, wenn der Hauptschuldner nur einen Gegenstand simpliciter schuldet, der Bürge aber alternativ diesen oder einen andern zu leisten verspricht. Durch eine solche alternative Obligirung kann die Lage des Bürgen bald schlechter bald besser werden, als die des Hauptschuldners, und so ist namentlich das Erstere dann der Fall, wenn das Objekt der prinzipalen Obligation dem kasuellen Untergange ausgesetzt ist, und der Bürge dazu noch alternativ etwas Andres verspricht, denn hier ist eine durior causa des Bürgen wegen der geringern Hoffnung auf Liberirung vorhanden; besser aber wird die Lage des Bürgen, wenn der Gegenstand der prinzipalen Schuld gar nicht untergehen kann, wie z. B. eine Geldleistung, denn hier entsteht durch die alternative Obligirung keinerlei Nachtheil für den Bürgen, wohl aber erwächst ihm der bedeutende Vortheil des Wahlrechts. Mag nun aber dadurch die Lage des Bürgen sich verbessern oder verschlimmern, so ist doch immer eine solche Verbürgung null und nichtig, weil in der alternativen Obligirung des Bürgen ein Objekt enthalten ist, welches der simplex obligatio des Hauptschuldners gänzlich fremd ist, also ein ganz andres, ein davon ganz verschiedenes Objekt, l. 8. §. 8. h. t. — Eine andre subtile Anwendung unsres Satzes kommt in dem Falle vor, wenn der Hauptschuldner alternativ zwei Objekte nach seiner Wahl schuldet, und der Bürge auf dieselben beiden Objekte alternativ nach seiner, des Bürgen, Wahl obligirt wird, denn auch hier soll die Verbürgung ungiltig sein, „quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset", l. 38. pr. h. t. Hätte dagegen bei der prinzipalen alternativen Obligation der Gläubiger die Wahl gehabt, so kann dieselbe völlig giltig dem Bürgen überlassen werden, l. 8. §. 10. h. t., weil es hier ja immer der Gläubiger in seiner Gewalt hat, gerade das von dem Schuldner zu begehren, was der Bürge wählen wird, und man also hier nicht sagen kann, daß die Objekte der prinzipalen und der accessorischen Obligation von einander verschieden seien. Vgl. überhaupt und insbes. *Averan.*, interpr. lib. II. c. 4.

2) Der Bürge kann zwar wohl *in leviorem*, nie aber *in duriorem causam* angenommen werden, l. 8. §. 7. h. t.:

> „Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt".

Gai. III. 126:

> „In eo jure quoque juris par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur, at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt — —, nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quam in principali re".

(Aus einer Vergleichung dieser beiden Stellen verschwindet auch der falsche, durch l. 8. §. 7. cit. leicht hervorgerufene Schein, als wenn unsre Regel für alle Interzessionen gelte, während sie doch in der That nur für die Bürgschaft in vollem Umfange wahr ist). Die vorzüglichsten Anwendungen dieses Satzes sind aber folgende. Eine Bürgschaft ist unzulässig, wenn der Bürge sich auf Mehr verpflichtet, als der Hauptschuldner, — wenn der Bürgschafts-Verbindlichkeit ein Zahlungsort beigefügt ist, welcher bei der prinzipalen Obligation nicht vorkommt, — wenn im Falle alternativer Obligation, bei welcher der Hauptschuldner die Wahl hat, in Betreff des Bürgen sich der Gläubiger die Wahl vorbehält, — wenn statt der obligatio simplex des Hauptschuldners der Bürge sich alternativ verpflichtet, vorausgesetzt, daß dadurch die Hoffnung auf Liberirung geringer wird, (s. das vorher bei nr. 1. Bemerkte), — wenn Tagbestimmungen oder Bedingungen, welche bei der prinzipalen Obligation vorkommen, bei der Bürgschafts-Verbindlichkeit weggelassen werden. — Dagegen ist Bürgschaft völlig zulässig, wenn der Bürge sich auf Weniger verpflichtet, — wenn ein der Hauptobligation beigefügter Zahlungsort bei der Bürgschafts-Verbindlichkeit weggelassen wird, — wenn bei alternativen Obligationen die dem Gläubiger zustehende Wahl auf den Bürgen übertragen wird, — wenn statt der alternativen Obligation des Hauptschuldners für den Bürgen eine simplex obligatio angenommen wird, — wenn der Hauptschuldner mehrere Objekte kopulativ zu leisten hat, und bei dem Bürgen nur eine alternative Verbindlichkeit entsteht, — wenn für eine unbedingte oder unbetagte Schuld der Bürge sich unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung verpflichtet, — wenn zu der Bedingung der Hauptschuld noch eine andre in der Art zugefügt wird, daß nur nach dem Eintritt beider Bedingungen der Bürge verpflichtet sein soll. Vgl. überhaupt §. 5. J. h. t., l. 8. §. 7—13, l. 16. §. 1. 2, l. 34. h. t., *Averan.*, interpr. lib. II. c. 3. nr. 4, Glück XIII. S. 400 fgg., Kritz, Pand.-R. I. 1. S. 141 fgg., Girtanner a. a. O. S. 31 fgg. In manchen Fällen wird es erst später entschieden, ob der Bürge in duriorem causam angenommen ist, oder nicht. Dies kommt namentlich vor, wenn zu der, der Hauptschuld beigefügten Bedingung bei der obligatio fidejussoria noch eine andre alternativ beigefügt wird; geht hier die communis conditio zuerst in Erfüllung, so ist keine durior causa des Bürgen begründet, was sich im umgekehrten Falle anders verhält, l. 70. pr. h. t. Eben so kommt dies vor, wenn eine andre Bedingung der Hauptschuld, und eine andre der Bürgschafts-Verbindlichkeit zugefügt wird; tritt nämlich zuerst die der Hauptschuld beigefügte Bedingung ein, so erscheint die Lage des Bürgen sogar als eine bessere, während im umgekehrten Falle allerdings die causa des Bürgen eine durior ist, l. 70. §. 1. h. t. Endlich ist dies auch dann der Fall, wenn für eine unter einem dies certus kontrahirte Schuld der Bürge sich unter einer Bedingung verpflichtet; denn tritt dieselbe ante diem ein, so ist eine durior causa fidejussoris vorhanden, während er im andren Falle besser gestellt wird, als der Hauptschuldner, l. 16. §. 5. h. t. — Ist nun aber doch gegen die hier aufgestellte und in einer Reihe von Anwendungen erläuterte Regel gefehlt, und ein Bürge in duriorem causam zugezogen, so herrscht über die Folgen hiervon Streit, vgl. die Literatur bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 8. §. 7. h. t. (Not.

ad Dig. tom. VII. p 69 sqq.), bei Glück XIII. S. 402 fgg. Not. 28, und bei Girtanner a. a. O. S. 172 fgg. Während nämlich Viele annehmen, daß eine solche Bürgschaft nur insoweit ungiltig sei, als sie den Belauf der Hauptschuld übersteige, daß also nur die durior causa dem Bürgen abgenommen, derselbe aber im Uebrigen verpflichtet bleibe, behaupten dagegen Andre, daß vielmehr die ganze Bürgschaft ungiltig sein müsse, und diese letztre Ansicht ist auch gewiß allein aus unsren Quellen zu rechtfertigen. In der oben abgedruckten l. 8. §. 7. h. t. heißt es ja ausdrücklich, daß Bürgen in solchen Fällen „*omnino non*" obligirt sein sollten, was doch gewiß nur die Auslegung zuläßt, daß sie ganz und gar nicht verpflichtet werden sollten, so wie wenn gar keine Interzession vorgekommen wäre; und selbst, wenn man mit *Alciat.*, Parerg. lib. V. c. 17. und Haloander die ganz willkürliche, und sicher nur auf Konjektur beruhende Lesart „*non omnino* obligari" annehmen dürfte, so würde sich doch kein andres Resultat ergeben, denn auch diese Worte könnten schon aus rein sprachlichen Gründen eben so wenig, wie der in den Basiliken XXVI. 1. 8. gebrauchte Ausdruck: „οὐδὲ ὅλως", als gleichbedeutend mit: non in solidum oder: non in totum angesehen werden. Dazu kommen aber noch sämmtliche oben angeführten Gesetze, wo es immer von dem fidejussor in duriorem causam adhibitus ganz allgemein heißt: non obligabitur und dgl., und ganz besonders beweisend ist l. 8. §. 8. h. t., wo für den da entschiedenen Fall dasselbe Resultat „fidejussorem non obligari" aus zwei verschiedenen Gründen angenommen wird, nämlich einmal, weil der Bürge *in duriorem* conditionem acceptus est, und dann, weil er in *aliam* obligationem acceptus sei; daß aber in einem Falle der letztren Art die Bürgschafts-Verbindlichkeit ganz nichtig ist, ist noch von Niemanden bezweifelt worden, und nothwendig muß dasselbe also auch für Fälle der ersteren Art angenommen werden. — Fragt man nun aber nach den Gründen der gegnerischen Meinung, die so bestimmte Gesetze gegen sich hat, so wird man insbesondre nur auf die angebliche Härte und Unbilligkeit der hier vertheidigten Theorie, und auf den Satz: utile per inutile non vitiatur, verwiesen, Argumente, die schon an sich gegen bestimmte Gesetze nichts entscheiden können, die aber überdies vollständig alle Kraft verlieren, wenn man erwägt, daß eine solche durior causa eines Bürgen dem Grundwesen der fidejussio, als einer die bloße Sicherheit des Gläubigers bezweckenden accessorischen Obligation, direkt widerspricht, und darum die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts völlig in der Ordnung ist. Wenn sich aber die Gegner auch noch auf Gesetze berufen, so muß man wohl zu ihrer Ehre glauben, daß sie es damit nicht ernstlich gemeint haben. In der für jene Meinung angeführten l. 11. §. 1. de const. pec. (13, 5) ist nämlich nicht von Bürgschaft, sondern von dem Konstitutum die Rede, wobei allerdings andre Grundsätze gelten, eben weil dasselbe ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Geschäft ist (s. §. 579). Die ferner zitirte l. 1. §. 4. de V. O. (45, 1) spricht nur den, unsre Frage auch nicht entfernt berührenden Satz aus, daß wenn bei einer Stipulation die Antwort auf eine größere Summe, als die Frage gehe, der Promissor für die kleinere Summe verhaftet werde, und in der l. 33. mandati (17, 1) endlich ist auch gar nicht von dem Falle, wenn sich Jemand auf Mehr,

als die Hauptschuld beträgt, sondern nur davon die Rede, wenn er sich auf Mehr, als ihm von dem Hauptschuldner aufgetragen war, verbürgt hat, wo ihm dann die actio mandati contraria bis zum Belauf der aufgetragenen Summe zugestanden wird. Wie aus diesen Gesetzen etwas für unsere Frage unmittelbar oder mittelbar gefolgert werden könne, ist nicht wohl zu begreifen, und wir müssen es demnach als einen völlig zweifellosen Satz des römischen Rechts ansehen, daß die Bürgschaft null und nichtig ist, wenn der Bürge, gegen den wesentlichen Zweck des Geschäfts, zu härtern Bedingungen verpflichtet werden soll; vgl. auch außer den schon oben angeff. Glück und Kritz, auch noch z. B. Göschen §. 563, Puchta §. 404, Arndts §. 350, Sintenis II. §. 129. Anm. 43, Liebe a. a. O. S. 515, *Molitor* cit. p. 361 sqq. u. A. m. Doch vertheidigen selbst noch manche neuere Juristen die entgegengesetzte Lehre, s. z. B. Schweppe, Handb. III. §. 509, Wening, Lehrb. §. 353.

Wenn Manche die heutige Anwendbarkeit der hier dargestellten Grundsätze darum in Abrede stellen, weil dieselben nur aus der bei den Römern für die fidejussio wesentlichen Stipulationsform hervorgegangen seien, z. B. Sintenis cit. und Girtanner S. 376 fgg. vgl. mit S. 29 fgg.: so halte ich diesen Grund für irrig, weil nach meinem Dafürhalten jene Sätze vielmehr konsequente Folgerungen aus dem materiellen Begriffe der Fidejussio sind. Dennoch aber muß man wohl im Resultate jener Meinung beistimmen. Bei dem *constitutum debiti alieni* gelten nämlich jene Sätze nicht (s. den folg. §en), und da nun seit dem Wegfallen der Stipulationsform keine äußeren Unterscheidungs-Merkmale zwischen fidejussio und constitutum mehr vorkommen, ein Bürgschafts-Vertrag also seiner äußeren Erscheinung nach eben so gut ein constitutum wie eine fidejussio sein kann, und da es nach bekannten Auslegungsregeln „commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat", l. 12. de reb. dub. (34, 5): so kann es wohl keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß ein Bürgschafts-Vertrag, wobei sich der Bürge zu etwas Anderem, oder zu etwas Härterem verpflichtet, nicht als fidejussio, sondern als constitutum debiti alieni aufgefaßt werden muß, vgl. auch Liebe a. a. O. S. 515, und damit stimmen natürlich auch alle diejenigen überein, welche in unsrem heutigen Rechte überhaupt nur einen Bürgschafts-Vertrag, ohne alle Unterscheidung zwischen fidejussio und constitutum annehmen wollen, z. B. Puchta §. 404, Arnds §. 353: s. auch Girtanner S. 373 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 477. Anm. 22.

Anm. 2. Bei der Frage: welche Befreiungs-Gründe aus der Person des Hauptschuldners auch dem Bürgen zu Statten kommen, entscheiden folgende wesentlichen Grundsätze:

I. Da der Hauptschuldner und der Fidejussor in dem Verhältniß von correi debendi zu einander stehen, so versteht es sich ganz von selbst, daß alle Erlöschungsgründe der obligatio in der Person des Hauptschuldners, wodurch der objektive Bestand derselben aufgehoben wird (Zahlung, Novation, Acceptilation u. s. w.), auch den Bürgen befreien müssen, s. oben §. 537. Anm. 5. S. 87 fgg., vgl. auch l. 43. de solut. (46, 3), l. 28. §. 1. de jurejur. (12, 2), l. 5. pr. de liber. leg. (34, 3), l. 60. h. t., l. 4. C. h. t. Auch der von dem Debitor

nicht verschuldete Untergang der res debita muß hiernach unzweifelhaft, wie den Schuldner, so auch den Bürgen befreien, und nur der Fall könnte Bedenken erregen, wenn dieser Untergang durch die Schuld des Bürgen selbst herbeigeführt wurde. Auch hier ließ sich nämlich allerdings nach strenger Konsequenz sagen, daß auch durch solchen Untergang unzweifelhaft die obligatio des Hauptschuldners erloschen sei, und folgeweise auch der Bürge nicht mehr obligirt sein könne, und wirklich war dies die Ansicht mancher römischer Juristen, wie aus der Relation Papinian's in l. 19. de dolo malo (4, 3) hervorgeht:

> „Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere, Neratius, Priscus et Julianus responderunt, *quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*".

Doch brach sich schon ziemlich früh eine billigere Meinung Bahn, wonach in solchen Fällen der Gläubiger nicht auf eine actio de dolo beschränkt sein soll, sondern ihm auch im Falle bloser culpa des Bürgen eine utilis actio ex stipulatu eingeräumt wird, l. 38. §. 4. de solut. (46, 3), l. 32. §. 5. de usur. (22, 1), l. 49. pr. de V. O. (45, 1), und die spätere Jurisprudenz scheint selbst eine *directa* actio ex stip. zugelassen zu haben, l. 88, l. 91. §. 4. de V. O., l. 95. §. 1. de solut. Vgl. Ribbentrop, Korrealoblig. S. 32, Savigny, Syst. V. S. 615, Girtanner, Bürgsch. S. 83 fg. S. 500 fgg., Bekker, die proz. Konsumtion S. 203 fg., Huschke, Gaius S. 80 fg., Baron, Gesammtrechtsverh. S. 279 fgg.

II. Die accessorische Natur der Bürgschaft und die dadurch begründete Abhängigkeit der Bürgschafts-Verbindlichkeit von der obligatio des Hauptschuldners bringen es mit sich, daß dem Fidejussor auch solche Befreiungs-Gründe des Hauptschuldners zu Gute kommen, welche für den correus debendi ganz wirkungslos sein würden. Daraus folgt nämlich:

1) Wenn die obligatio des Hauptschuldners in irgend einer Weise *ipso jure* erlöscht, so erlöscht immer auch die Verbindlichkeit des Bürgen, wie z. B. im Falle einer confusio; während ein correus debendi dadurch nicht befreit wird (s. oben S. 93 fg.), wird der Fidejussor ipso jure liberirt, l. 21. §. 3, l. 71. h. t.

2) Für die fidejussio gilt die wichtige Regel, daß der Bürge sämmtliche Exzeptionen vorschützen darf, welche auch der Hauptschuldner hätte gebrauchen können, und zwar selbst wider den Willen des Letztren, §. 4. J. de replic. (4, 14), l. 19. de except. (44, 1), l. 15. pr., l. 32, l. 49. pr. h. t. Wenn es übrigens in l. 19. de exc. cit. heißt:

> „*Omnes* exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt"

so ist dies nicht ganz richtig, und vorsichtiger drückt sich daher Justinian in §. 4. J. cit. aus:

> „Exceptiones, quibus debitor defenditur, *plerumque* accomodari solent etiam fidejussoribus ejus".

In manchen Fällen kann sich nämlich der Bürge der Einreden des Schuldners nicht bedienen:

a) Zunächst muß unterschieden werden zwischen den exceptiones re und personae cohaerentes. Die erstren stehen auch dem Bürgen zur Seite, l. 7. §. 1. de except.; die letztren aber kommen ihm nicht zu Gute, und so kann er also z. B. nicht die s. g. exceptio competentiae oder pacti de non petendo in personam aus der Person des Hauptschuldners vorschützen, l. 7. pr. de except., l. 21. §. ult., l. 22. de pactis (2, 14), l. 24. pr., l. 41. pr. fin. de re judic. (42, 1).

b) Wenn die Exzeption noch eine naturalis obligatio übrig läßt (z. B. exc. SC. Macedoniani), so kann der Fidejussor dieselbe nur dann mit Erfolg gebrauchen, wenn ihm eine Regreßklage gegen den Hauptschuldner zusteht, l. 9. §. 3. de SC. Maced. (14, 6), vgl. auch l. 60. de fidej., und dasselbe gilt auch für die exceptio pacti de non petendo in rem, l. 32. de pactis (2, 14), l. 5. pr. de liber. leg. (34, 3). Die vielfach aufgestellte Lehre, daß der Bürge, welcher sich animo donandi verbürgt, also auf die Regreßklage verzichtet hat, von allen Einreden ex persona debitoris ausgeschlossen sei, ist weder in der Natur der Sache begründet, noch kann sie aus den Gesetzen abgeleitet werden, vgl. vielmehr l. 16. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1);

> „Julianus recte putat, fidejussori exceptionem dandam, *etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet*, quia totam obligationem senatus improbat".

Zwar scheint die Argumentation in §. 4. J. de replic.:

> „Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fidejussoribus ejus, *et recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est iis, quod ii pro eo solverint*"

jene Lehre zu unterstützen, denn wenn die Exzeptionen wirklich deßhalb dem Fidejussor zustehen, weil er eine Regreßklage hat, so müssen ihm dieselben allerdings dann abgesprochen werden, wenn er auf diese Regreßklage verzichtet hat. Dieser Schluß wäre aber doch nur dann begründet, wenn bewiesen wäre, daß der von Justinian hier angegebene Grund, weßhalb die Exceptionen des Schuldners auch dem Fidejussor zustehen, auch wirklich der einzige wäre, und dieser Beweis dürfte m. E. schwerlich zu erbringen sein.

c) Der wesentliche Zweck der Bürgschaft ist es, den Gläubiger gegen die Insolvenz des Schuldners sicher zu stellen, und es versteht sich also ganz von selbst, daß diejenigen Einreden, welche gerade aus dieser Insolvenz hervorgehen, von dem Bürgen nicht vorgeschützt werden dürfen, wie z. B. die Einrede aus einer *cessio bonorum*, vgl. §. 4. J. de replic.:

> „Sane quaedam exceptiones non solent his accomodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem: *nisi bonis cesserit.* Sed haec exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi",

und eben so die Einrede aus einem erzwungenen Nachlaßvertrag (sofern nicht etwa der Kreditor selbst in den Nachlaß eingewilligt hat), l. 58. §. 1.

mandati (17, 1). Aus ganz gleichen Gründen bleibt der Bürge auch dann verhaftet, wenn der Schuldner darum nicht mehr angegriffen werden kann, weil er ohne Erben verstorben ist, l. 1. §. 14. fin. depos. (16, 3), l. 95. §. 1. fin. de solut. (46, 3), oder weil er eine capitis deminutio magna erlitten hat l. 5. pr. qui satisd. cog. (2, 8), l. 1. C. h. t.

d) Ob und inwiefern aus einer in integrum restitutio des Hauptschuldners für den Bürgen eine wirksame exceptio hervorgehe, ist schon früher angedeutet worden, vgl. oben Bd. I. §. 179. Anm. und §. 183. Anm. 1., womit jetzt auch noch Girtanner Bürgschaft S. 521 fgg. zu vergleichen ist. —

Hat übrigens der Fidejussor einmal ein jus exceptionis erworben, so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß ihm dieses durch eine einseitige Disposition des Hauptschuldners auch nicht wieder entzogen werden kann, und wenn also z. B. zuerst ein pactum de non petendo in rem abgeschlossen war, und dann später der Schuldner ein contrarium pactum de petendo eingeht, so bleibt die einmal begründet gewesene exceptio pacti für den Fidejussor vollkommen wirksam, obgleich der Hauptschuldner selbst durch eine justa replicatio zurückgewiesen werden kann, l. 62. de pact. (2, 14):

> *Furius Anthianus.* „Si reus, postquam pactus sit, a se non peti pecuniam, ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse, pactus sit, ut a se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est. *Sed verius est, semel acquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse*“.

Die scheinbar widerstreitende l. 27. §. 2. eod.:

> *Paulus.* „Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur. *Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit*“,

ist, wie schon die Griechen bemerken (schol. 10. ad Basil. XI. 1. 27. bei Heimb. I. p. 602. und schol. 1. u. 2. ad Bas. XI. 1. 61. bei Heimb. I. p. 640), von dem Falle zu verstehen, wenn der Fidejussor selbst ein nachfolgendes pactum de petendo abgeschlossen oder doch in ein solches Paktum des Schuldners eingewilligt hat, oder vielleicht auch von einem Falle, wenn der Fidejussor erst nach dem zweiten Paktum angenommen ist, s. auch die Glosse ad h. l. und vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 27. cit. (tom. I. p. 352 sq.). Ganz a. M. ist freilich Girtanner a. a. O. S. 520 fg. Indem er von der Prämisse ausgeht, daß dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners vermöge fingirter Zession zuständen (?), der Bürge aber immer erst, wenn er wirklich von dem Gläubiger belangt werde, das Recht habe, die Uebertragung zu verlangen (??), gelangt er zu dem weiteren Satze, daß der Bürge solche Einreden nur dann vorschützen könne, wenn auch der Hauptschuldner selbst sie noch jetzt habe, und dies sei die konsequente Entscheidung des Paulus in l. 27. §. 2. cit., womit die l. 62. cit. wohl so zu vereinigen sei, daß hierbei angenommen werden müsse,

das spätere pactum de petendo sei erst abgeschlossen, nachdem bereits die Klage gegen den Bürgen angestellt, und dessen exceptio in die formula gesetzt worden sei! — Eine Anwendung unsres Grundsatzes ist auch z. B. in dem Falle zu machen, wenn sich Jemand für die Darlehnsschuld eines filiusfamilias verbürgt, und dieser später nach erlangter Selbstständigkeit das Darlehn ratihabirt; denn es darf nicht bezweifelt werden, daß der Bürge fortwährend die exc. SCti Maced. vorzuschützen berechtigt ist, obwohl der Hauptschuldner selbst sich derselben nicht mehr bedienen kann; vgl. auch Elvers im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. II. S. 444 fgg., und s. Seuffert's Arch. II. Nr. 185. —

Ausführliche Untersuchungen über die in dieser Anm. behandelte Frage finden sich bei Girtanner Bürgschaft S. 40 fgg. S. 73 fgg. S. 384 fgg. S. 476 fgg., und er gelangt dabei zu sehr abweichenden Resultaten, die mir aber nach den obigen Erörterungen einer speziellen Widerlegung nicht bedürftig scheinen. Girtanner stellt im Wesentlichen folgende Sätze auf: Was zunächst die Erlöschungsgründe der obligatio in der Person des Hauptschuldners anbelangt, so seien nur diejenigen, durch welche auch ein Korrealschuldner befreit werde, auch für den Fidejussor wirksam, während die übrigen keinen Einfluß auf die obligatio des Bürgen äußerten, da diese nur in Betreff der Entstehung, aber nicht auch in Betreff der Fortdauer in einem accessorischen Verhältniß zu der obligatio des Hauptschuldners stehe. Und was die Einreden aus der Person des Hauptschuldners betreffe, so könne der Bürge zwar allerdings alle diejenigen vorschützen, die schon zur Zeit des abgeschlossenen Bürgschafts-Vertrags begründet gewesen seien, vorausgesetzt, daß dadurch wirklich die ganze obligatio zerstört werde; alle übrigen aber habe der Bürge nicht als Bürge, sondern lediglich nur darum, weil ihm eine Regreßklage gegen den Hauptschuldner zustehe, also auch nur dann, wenn eine solche Klage wirklich für ihn begründet sei. Vgl. auch Sintenis II. §. 129. Anm. 39 u. 48. Windscheid Lehrb. II. §. 477. Anm. 26.

Anm. 3. Ueber die Rechtswohlthaten des Bürgen vgl. Girtanner a. a. O. S. 94 fgg. S. 199 fgg. S. 423 fgg. Ueber das s. g. benef. *divisionis* s. auch noch *Rückert* principia jur. Rom. de except. quam vocant divisionis. Gott. 1852, *Grotefend* de except. divis. Gott. 1852, *Dedekind* de except. divis. disquisitiones. Gott. 1853, und über das s. g. benef. *excussionis* vgl. Leop. Pfeiffer die prozessual. Natur der Einrede der Vorausklage. Tüb. 1846, und über einen einzelnen interessanten Punkt dabei Girtanner im ziv. Arch. XLIII. S. 275 fgg.

Anm. 4. Wenn der Gläubiger es durch seine eigne Nachlässigkeit verschuldet hat, daß er von dem prinzipalen Schuldner keine Befriedigung mehr erlangen kann, wenn also z. B. während seines unveranlaßten Zauderns derselbe insolvent geworden ist, oder wenn er durch sein Verschulden von der Konkursmasse desselben präkludirt wurde u. dgl., so entsteht die Frage, ob er sich beßungeachtet noch gegen den Bürgen wenden, und von diesem Befriedigung verlangen könne? Dieselbe ist von jeher streitig gewesen (vgl. über die ältere Literatur *Car. Ern. Thibaut*, de fidejussore ob creditoris in exigendo negligentiam liberato. Heidelb. 1829. p. 10 sqq.), und auch noch h. z. T. sind die Ansichten verschieden, denn während z. B. *Thibaut* cit. eine Befreiung des Bürgen ver-

theidigt, haben Bothmer in Gans Zeitschr. für Zivil- und Kriminalrechtsfl. im Königr. Hannover Bd. I. H. 1. S. 15 fgg., und Jäger in Gießer Zeitschr. V. S. 231 fgg. sich für das Gegentheil ausgesprochen, s. auch Puchta Lehrb. §. 405. Not. q. u. r. Soviel ist unbestreitbar, daß nach Pandektenrecht der Bürge aus solcher Nachlässigkeit des Gläubigers keine Einrede entnehmen kann, denn da dieser ja ganz frei wählen durfte, welchen von Beiden, den Schuldner oder Bürgen er angreifen wollte, so fällt hier sogar der Begriff der Verschuldung gänzlich hinweg, denn der Gläubiger konnte jedem Vorwurfe schon durch die einfache Erwiderung begegnen, daß er sogleich von Anfang an Willens gewesen sei, ausschließlich den Bürgen anzugreifen, und er sich darum begreiflich um den Hauptschuldner gar nicht bekümmert habe. Dieses Resultat geht dann auch mit möglichster Bestimmtheit aus l. 62. h. t. hervor:

> *Scaevola.* „Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? *Respondit, non posse*".

Anders aber verhält sich die Sache im Falle der fidejussio *indemnitatis*, d. h. wenn der Bürge sich nur bedingungsweise für dasjenige obligirte, was der Gläubiger von dem prinzipalen Schuldner nicht erlangen würde; denn im Wesen dieser Verbürgungsart liegt es augenscheinlich, daß der Bürge nur den wirklichen Schaden ersetzen soll, den der Gläubiger bei Gelegenheit des konkreten Rechtsverhältnisses leiden würde; der Nachtheil aber, den Jemand durch eigne Verschuldung sich zugezogen, ist kein wahrer Schaden im rechtlichen Sinne des Worts. Ganz so entscheidet denn auch die l. 41. pr. h. t.:

> *Modestinus.* „Si fidejussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore, quam ab heredibus ejus solidum servari potuit, et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit, *non temere utilem in fidejussores actionem competere*".

So nach Pandektenrecht. Durch die Einführung des s. g. benef. excussionis in Nov. 4. c. 1. hat sich dies jedoch wesentlich geändert, indem man danach mit vollstem Rechte sagen kann, daß jetzt im Wesentlichen jede Bürgschaft zu einer fidejussio indemnitatis geworden ist, und der Bürge überhaupt nur noch für den wahren Schaden des Gläubigers einzustehen hat, so daß jetzt das als allgemeine Regel angesehen werden muß, was die l. 41. cit. bloß für jene besondre Art der Bürgen bestimmt; vgl. Nov. 4. c. 1. verb.:

> „— — si vero non valuerit [ἰσχύσει] a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere secundum hoc ad fidejussorem — — veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat".

Der Gesichtspunkt, den die Gegner dieser Ansicht besonders auffassen, daß der Gläubiger ja doch dem Bürgen gegenüber zu keinerlei diligentia verflichtet sei, und der Bürge ihm also auch keine culpa vorwerfen könne, ist sicher nicht der richtige; sondern nach der treffenden Bemerkung Thibaut's l. c. p. 23. hängt hier vielmehr Alles von der einfachen Frage ab, ob die, nach Nov. 4. sich bei jeder

Verbürgung von selbst verstehende Bedingung, wonach der Bürge nur dann obligirt ist, wenn der Gläubiger von dem Schuldner nichts zu erlangen im Stande war, auch dann als erfüllt angesehen werden könne, wenn durch die eigne Schuld des Gläubigers er außer Stand gesetzt ist, von dem Debitor etwas zu bekommen? und dieses muß nach Wort und Geist der Nov. 4, c. 1, namentlich wenn wir damit die l. 41. cit. in Verbindung bringen, gewiß in Abrede gestellt werden. Vgl. auch Sintenis Not. 60, Arndts Lehrb. §. 357. Anm. 2, Girtanner Bürgsch. S. 483 fgg., u. s. Seuffert's Arch. VI. Nr. VII. Nr. 34, Kübel in Sarwey's Monatsschr. XIX. S. 276 fgg.

Aus diesen Sätzen ergibt sich auch leicht die Antwort auf eine nah verwandte, nicht minder bestrittene Frage, ob nämlich dann, wenn sich Jemand für eine, an einem festgesetzten Termine zu zahlende Schuld verbürgt, und der Gläubiger später diesen Termin ohne Zuthun des Bürgen hinausgerückt hat, der Bürge noch fernerhin als obligirt angesehen werden könne? vgl. über die Literatur dieser streitigen Frage *Vinnius*, sel. quaest. lib. II. c. 42. und *Meister*, de fidej. ad tempus et pro negot. cui tempus adject. est. Gott. 1820. Meines Erachtens muß man hier einfach so sagen: Die Thatsache, daß der Gläubiger den Zahlungs-Termin weiter hinausgerückt hat, ist an und für sich ohne allen Einfluß auf die Bürgschafts-Verbindlichkeit, und die nicht selten aufgestellte Behauptung, daß schon die bloße einseitige prorogatio termini ein Befreiungsgrund für den Bürgen sei, entbehrt eines jeden Rechtsgrunds. Wenn aber die Umstände so sind, daß der Schuldner zwar wohl zur Zeit des anfänglich festgesetzten Zahlungs-Termins noch zahlungsfähig war, man aber seinen Vermögens-Verfall voraussehen konnte, so daß eine weitere Fristgestattung nicht als eine unverfängliche Milde, sondern als schuldvoller Leichtsinn erscheint, und also die prorogatio termini als eine wahre negligentia in exigendo betrachtet werden muß, dann sind ja alle Prämissen für unsren oben vertheidigten Grundsatz vorhanden, und der Bürge kann sich demnach mit Recht gegen die Angriffe des Gläubigers schützen. Vgl. auch Seuffert's Arch. Bd. VII. Nr. 33. u. 177.

bb) Constitutum debiti alieni. §. 579.

Dig. XIII. 5. de pecunia constituta, Cod. IV. 18. de constituta pecunia. — *Koch*, de constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine. Kil. 1777, Glück XIII. S. 398 fgg., Zimmern, über Interzession durch Mandat und Konstitutum; in seinen und Neustetel's römisch-recht. Unters. Nr. 10. (S. 255 fgg.), Kritz, Pand. R. Th. I. Bd. 1. S. 153 fgg., Unterh. II. S. 838 fgg., Girtanner Bürgschaft S. 47 fgg. 105 fgg. 163 fgg. 373 fgg., Bruns in der Zeitschr. für Rechtsg. I. S. 97 fgg.

Anm. Wenn auch das constitutum debiti alieni wegen seiner Eigenschaft als Interzession in mehrfachen wesentlichen Beziehungen von der Theorie des

constitutum debiti proprii abweicht, und der fidejussio sich annähert, wie namentlich darin, daß Frauen in der Regel nicht daran gebunden sind (§. 581), und daß mehrere Konstituenten eben so, wie mehrere Bürgen, auf die Rechtswohlthat der Theilung Anspruch haben, l. 3. C. h. t., so treten doch auf der andren Seite zwischen diesen beiden Spezies der kumulativen Interzession auch große Verschiedenheiten hervor, die ihren wesentlichen Grund darin haben, daß bei der Bürgschaft der ausschließliche Zweck Sicherstellung des Gläubigers, und die obligatio des Bürgen mit der des Hauptschuldners identisch ist, so daß eine Art von Korreal-Obligation hier angenommen werden muß, während das Konstitutum dazu dienlich ist, dem Gläubiger auch anderweite Vortheile, außer der bloßen Sicherheit, zu verschaffen, und die obligatio des Konstituenten eine andre ist, als die des Hauptschuldners, so daß hier vielmehr eine Art von blos solidarischer Verbindlichkeit Platz greift. Daraus ergeben sich im Einzelnen folgende hauptsächliche Verschiedenheiten:

1) Der Konstituent kann einen ganz andren Gegenstand versprechen, als der Hauptschuldner, l. 1. §. 5. h. t., und eben so können auch andre, selbst beschwerlichere Nebenbestimmungen dem Konstitutum zugefügt werden. So kann z. E. ein dem Gläubiger bequemerer Zahlungs-Ort bedungen werden, l. 5. pr. h. t., so kann der der prinzipalen Schuld zugefügte dies certus bei dem Konstitutum ganz weggelassen oder näher herangerückt werden, l. 3. §. 2, l. 4. h. t., und eben so kann statt der alternativen Obligation des Hauptschuldners der Konstituent eine simplex obligatio übernehmen, und umgekehrt, vgl. l. 25. pr. h. t. Die der prinzipalen Obligation zugefügte Bedingung kann freilich aus begreiflichen Gründen für das Konstitutum nicht mit Wirksamkeit erlassen werden, sondern wenn in solchem Falle unbestimmt konstituirt wurde, so hängt Alles davon ab, wie sich die Bedingung der Hauptschuld entscheidet; geht dieselbe in Erfüllung, so wird jetzt auch das Konstitutum giltig, während, wenn sie defizirt, auch das Konstitutum wegfällt, weil dieses immer eine wirklich existirende obligatio voraussetzt l. 19. pr. h. t.

2) Auf Mehr, als die Hauptverbindlichkeit kann freilich auch die Verbindlichkeit des Konstituenten nicht bedungen werden; aber, wenn dies doch einmal der Fall ist, so ist nicht das ganze Konstitutum nichtig, sondern der Konstituent ist doch, ganz anders wie der Fidejussor, bis zu der entsprechenden Summe verpflichtet, l. 1. §. 8, l. 11. §. 1, l. 12. h. t.

3) Aus dem bisher Bemerkten geht von selbst hervor, daß die Zulassung der exceptio *excussionis* mit dem eigentlichen Wesen des constitutum schlechthin unverträglich ist, indem dadurch die anderweiten Vortheile, die der Gläubiger bei Eingehung des Konstitutum beabsichtigte, nothwendig vereitelt werden müßten. Doch aber läßt Justinian in Nov. 4. c. 1. wirklich diese Einrede zu, denn die dort wiederholt vorkommenden Ausdrücke „*ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνήσας, ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθών*“ dürfen unmöglich mit der Vulgata durch „sponsor“ und „qui sponsioni se subjecerit“ übersetzt werden, sondern beziehen sich durchaus nur auf das constitutum, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XIII. S. 405 fgg., und Zimmern a. a. O. S. 276. Wenn Manche, z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 811, dies zwar anerkennen, aber doch die Statthaftigkeit der Exkussions-Einrede abläugnen, weil es bei uns nur auf

die Vulgata, nicht auf den griechischen Text ankomme, so ist dieses Argument nicht nur an sich unwahr, sondern auch nicht einmal zutreffend; denn aus einer Vergleichung unsrer Stelle mit Nov. 115. c. 6, und mit Nov. 136. praef. und c. 1. geht mit Evidenz hervor, daß im Sinne der Vulgata die freilich unpassend gewählten Ausdrücke „sponsor“ und „qui sponsioni se subjecerit“ eben nichts anderes, als den Konstituenten bezeichnen sollen, und dieselben also im Munde des Uebersetzers mit constituens oder constitutae pecuniae reus völlig synonym sind, Zimmern a. a. O. Mir scheint, um aus Justinian's Gesetz eine arge Absurdität zu beseitigen, keine andre Aushilfe möglich, als dasselbe nicht auf jedes constitutum zu beziehen, sondern nur auf solche Fälle desselben, in denen wirklich einmal die Verbindlichkeit des Konstituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Konstitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat; und auf diese einschränkende Interpretation deutet die, ohnedies wenig zutreffende Nebeneinanderstellung des Fidejussor, Mandator und Konstituenten hin.

4) Wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß alle diejenigen Einreden, mit denen der Hauptschuldner schon zur Zeit des abgeschlossenen Konstitutum den Gläubiger zurückschlagen konnte, auch dem Konstituenten zur Seite stehen müssen, weil ein Konstitutum eben so wenig in Beziehung auf eine Schuld, welche ope exceptionis hinfällig ist, als auf eine solche, welche ipso jure nichtig ist, mit Wirksamkeit abgeschlossen werden kann: so kann dies doch nicht so allgemein in Betreff derjenigen Einreden behauptet werden, welche erst später in der Person des Hauptschuldners entstanden sind. Da nämlich im Falle eines constitutum debiti alieni wirklich mehrere Obligationen vorhanden sind, so müssen wir den bei blos solidarischen Verbindlichkeiten geltenden Grundsatz in Anwendung bringen, daß die Verbindlichkeit des Konstituenten nur durch solche Ereignisse erlöscht, welche eine Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben, und so bleibt z. B. namentlich das Konstitutum bestehen, obschon die prinzipale Schuld durch Extinktiv-Verjährung erloschen ist, l. 18. §. 1. h. t.:

> „Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse,* interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit“,

und auch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner konnte niemals einen zerstörenden Einfluß auf die obligatio des Konstituenten äußern, obwohl sich dies bekanntlich vor Justinian bei der obligatio fidejussoria anders verhielt, vgl. l. 18. §. 3. h. t.:

> „Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit“. —

Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß diese beträchtlichen Verschieden-

heiten zwiſchen constitutum und fidejussio nicht etwa aus einer Verſchiedenheit der Formen — pactum und stipulatio — hervorgegangen ſind, ſondern daß dieſelben vielmehr ihren wahren Grund in dem verſchiedenen Zweck und Weſen beider Inſtitute haben, und die verſchiedenen Formen hauptſächlich nur die Bedeutung hatten, daß aus ihnen in völlig unzweideutiger Weiſe hervorging, welches Geſchäft von den Intereſſenten beabſichtigt wurde, und welche Grundſätze alſo dabei in Anwendung zu bringen ſeien. Geht man aber hiervon aus, ſo kann man gewiß nicht der Meinung beitreten, daß in unſrem heutigen Rechte mit dem Wegfallen der Stipulationsform eine völlige Verſchmelzung der fidejussio und des constitutum angenommen werden müſſe, obwohl dies freilich ſowohl früher (vgl. die dogmengeſchichtlichen Andeutungen bei Girtanner S. 163 fgg.), als auch noch in unſren Tagen nicht ſelten vertheidigt worden iſt; vgl. z. B. Zimmern a. a. O. S. 279 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 484. bei Not. 16, Buchta §. 404, Arndts §. 353, Girtanner S. 373 fgg., Brinz, Lehrb. §. 144. a. E., Windſcheid, Lehrb. §. 476. Nach meinem Dafürhalten iſt aber aus dem Wegfallen der Stipulationsformen nichts weiter hervorgegangen, als daß jetzt auch durch einfachen formloſen Vertrag eine fidejussio abgeſchloſſen werden kann, und damit denn allerdings das äußere Unterſcheidungs-Merkmal zwiſchen fidejussio und constitutum hinweggefallen iſt. Daraus kann aber doch ſicher nicht eine Verſchmelzung beider Inſtitute in ein einziges gefolgert werden, ſondern es folgt daraus nur, daß wir h. z. T. nicht mehr aus der Form, ſondern lediglich aus Inhalt und Zweck des einzelnen Vertrags entnehmen müſſen, ob ein Bürgſchafts-Vertrag als fidejussio oder als constitutum aufgefaßt werden muß. Wird alſo durch die Verbürgung ausſchließlich die Sicherſtellung des Gläubigers bezweckt, ſo müſſen die Grundſätze der fidejussio zur Geltung kommen; ſollen aber durch die Interzeſſion noch anderweite Vortheile für den Kreditor erreicht werden, ſo muß ein Konſtitutum mit ſeinen Eigenheiten angenommen werden. Vgl. auch die dogmengeſchichtlichen Notizen Girtanner's a. a. O. beſ. S. 168 fgg., und unter den Neueren z. B. Liebe in Weiſke's Rechtslex. V. S. 515, Seuffert, Lehrb. §. 388, Göſchen §. 567, Sintenis II. §. 129. Anm. 36, Bruns a. a. O., Samhaber, Korrealoblig. S. 174 fgg. u. A. m.

cc) S. g. mandatum qualificatum. §. 580.

Dig. XVII. 1. mandati vel contra, XLVI. 1. de fidejussoribus et mandatoribus, Cod. IV. 35. mandati vel contra, VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. — *Voorda*, ut differant inter se fidejussores et mandatores; in Elect. cap. 7, Geſterding, Irrthümer Abh. VI. Nr. 1. S. 185 fgg., Zimmern in der oben §. 579. angef. Schrift, Girtanner, Bürgſchaft S. 60 fgg. 196 fgg. 540 fgg., Endemann in Goldſchmidt's Zeitſchr. für Handelsr. IV. S. 225 fgg.

c) Von Interzession der Frauenzimmer. §. 581.

Dig. XVI. 1, Cod. IV. 29. ad SC. Vellejanum, *Hellfeld*, de interc. mulierum et SCto Vellej. (opp. min. nr. 14), *Suse*, de jure singulari feminae intercedentis Rom. et Hamburg. P. I. (jus Roman.) Gött. 1803, Glück XIV. S. 433 fgg., XV. S. 1 fgg., Kritz, Pand. R. I. 1. S. 240 fgg., Kattenhorn, über Interzession der Frauen. Gießen 1840, Sintenis in Sell's Jahrbb. II. S. 343 fgg., Bachofen, ausgew. Lehren des röm. Zivilr. S. 1 fgg., Windscheid im ziv. Arch. XXXII. S. 283 fgg. S. 303 fgg., Girtanner, Bürgschaft S. 133 fgg. 258 fgg. 335 fgg., Fuhr im Arch. f. prakt. Rechtsw. II. S. 69 fgg. S. 102 fgg., Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession. Gött. 1856.

1) *Ulp.* l. 2. pr. §. 1. h. t.: Et primo quidem temporibus D. Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. (§. 1). Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cujus SCti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor Css. verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

2) *Justinian.* l. 23. §. 2. C. h. t.: Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes: pro nihilo habeatur ejusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec con-

fecta, nec penitus scripta, ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

3) Nov. 134. c. 8: Et illud vero praevidimus pro subjectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, jubemus nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum: sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.

Anm. 1. Von der Regel, daß jede Interzession einer Frau durch Berufung auf das SC. Vellejanum unwirksam gemacht werden könne, gibt es eine ziemliche Zahl von Ausnahmen, die hier zusammen gestellt werden sollen, vgl auch *J. H. Böhmer*, de efficaci mulierum intercessione; in Exerc. ad Pand. III. ex. 50. (p. 351 sqq.), *Gercke*, de limitibus SC. Vellej. Hannov. 1795, Glück XV. S. 1 fgg., *Windscheid*, de valida mulierum intercessione. Bon. 1838, Kattenhorn a. a. O. S. 125 fgg.

1) Die exc. SCti Vellejani fällt dann hinweg, wenn die Frau die Interzession nicht etwa im Interesse des Schuldners oder Gläubigers, sondern in ihrem eignen Interesse vornimmt, wenn sie also dadurch „suum negotium gerit", l. 27. §. 2. h. t., l. 6. pr. C. h. t., wenn sie also „prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipit", l. 13. pr. h t. Es ist dies z. E. dann der Fall, wenn sie durch eine für ihren Gläubiger vorgenommene expromissio sich von ihrer Schuld liberirt, wenn sie die gerichtliche defensio dessen übernimmt, der im Falle einer Verurtheilung eine Regreßklage gegen sie haben würde, wenn sie für ihren Bürgen interzedirt, wenn sie demjenigen, der für sie ein Geschäft abgeschlossen, die dabei übernommene Verbindlichkeit abnimmt, wenn sie mit ihrem socius zum Zweck einer nothwendigen Verwendung in einem gemeinschaftlichen Hause ein Darlehn aufnimmt, und dabei als Korrealschuldnerin eintritt u. dgl. m., vgl. l. 3, l. 13. pr., l. 17. §. 2, l. 19. §. 3, l. 22, l. 25. §. 1, l. 27. §. 2. h. t., l. 2, l. 6. pr. C. h. t., vgl. auch Hasenbalg S. 63 fgg. Hierher gehört auch die völlig konsequente Verordnung Justinian's in l. 23. pr. C. h. t., daß dann keine Berufung auf das SC. Vellej. Statt finde, wenn die Frau dafür, daß sie interzedire, sich hat bezahlen lassen, einerlei, ob viel oder wenig („— — *aliquid* accipiens, ut sese interponat"), denn mag das, was sie empfangen hat, auch an und für sich vielleicht ein ganz ungenügendes Aequivalent für das durch die Interzession übernommene Risiko sein, so hat sie doch immer, wenn sie sich durch diese Gabe bestimmen ließ, ihr eigenes Interesse im Auge. Wenn Viele a. M. sind, und verlangen, daß sie soviel bekommen haben müsse, als der Betrag ihrer Interzession ausmache, oder doch, wie Andre meinen, wenigstens soviel, daß da-

durch wohl auch ein besonnener Mann sich zur Uebernahme der Interzession hätte bewegen lassen (vgl. die Literatur bei *Böhmer* cit. c. 2. §. 5. not. k, Glück a. a. O. S. 29 fgg.), so verstoßen sie nicht nur gegen den Wortlaut des Gesetzes („aliquid"), sondern verrücken auch den wahren Gesichtspunkt des Gesetzgebers, vgl. *Gercke* cit. p. 60 sqq., *Suse* p. 42, *Windscheid* diss. cit. p. 13 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 299 fg., Bachofen a. a. O. S. 55. Das freilich ist eine singuläre Bestimmung des Kaisers, daß dann, wenn die Frau in der Interzessions-Urkunde selbst erklärt hat, daß sie für ihre Interzession bezahlt sei, dies unbedingt als wahr angenommen werden muß, und das SC. Vellej. also ausgeschlossen bleibt, l. 23. pr. cit., und auch das ist eigenthümlich, daß, wenn die Frau an ihre privative Interzession gebunden ist, weil sie etwas dafür empfangen hat, der Gläubiger aber wegen ihrer Insolvenz nichts oder nicht Alles von ihr hat erlangen können, derselbe doch noch seinen Rückgriff gegen den eigentlich durch die giltige expromissio der Frau für immer liberirten Schuldner nehmen darf, l. 23. §. 1. eod. — Wenn übrigens Viele die ganze hier besprochene Ausnahme: wenn die Frau durch Uebernahme der fremden Obligation im Grunde nur ihre eigenen Geschäfte führt, gar nicht als wahre Ausnahme gelten lassen wollen, weil in solchen Fällen eine wirkliche Interzession gar nicht vorhanden sei, so lassen sich dafür allerdings nicht ohne Schein mehrere Stellen anführen, in denen für solche Fälle das Dasein einer Interzession in Abrede gestellt wird, l. 3, l. 8. §. 2, l. 17. §. 2. h. t. Aber gewiß hat dies nur den Sinn, daß nicht eine Interzession überhaupt, sondern nur eine Interzession im Geiste des Vellej. Senatsbeschlusses negirt wird, wie denn auch wirklich in andren Stellen mehrfach von einem *intercedere* pro fidejussore, l. 13. pr. h. t., von einem *intercedere* pro eo, cui pecunia debetur, l. 30. §. 1. de pact. (2, 14) u. dgl. m. die Rede ist. Allerdings aber muß zugegeben werden, daß der hier zur Sprache gebrachte Rechtssatz nicht als eine singuläre Ausnahme vom SC. Vellej. aufgefaßt werden darf, sondern nur vielmehr als eine gerade im Geiste dieses Senatsbeschlusses begründete Beschränkung des im Uebrigen weiter gehenden Interzessions-Begriffs, und insofern als eine Ausnahme der Rechtsregel, daß jede Interzession einer Frau wirkungslos sei.

2) Aehnlich wie mit der Interzession, durch welche die Frau ihre eignen Geschäfte besorgt, verhält es sich mit privativen Interzessionen, welche *animo donandi* von der Frau vorgenommen werden, d. h. wenn die interzedirende Frau von vorneherein den Willen hat, durch die Uebernahme der fremden Schuld einen Akt der Liberalität auszuüben, wenn sie also auf jede Entschädigungs-Klage gegen den Hauptschuldner verzichtet. Augenscheinlich will nämlich der Senat die Frau nicht gegen jedes leichtsinnige Kontrahiren von Schulden schützen — sonst müßten ja alle lädirenden Kontrakte der Frauen, ähnlich wie die der Minderjährigen, unwirksam gemacht werden können, wogegen doch besonders gewarnt wird in l. 32. pr. h. t. —, sondern das Senatuskonsult will nur den Frauen Hülfe gewähren gegen die ihrem Geschlechte eigne gutmüthige Schwäche, wonach sich dieselben leicht bestimmen lassen, Andren gefällig zu sein, wenn sie die Hoffnung haben, daß sie selbst keinen Schaden dabei leiden werden. Gerade dieses gutmüthige, aber unvorsichtige Vertrauen auf die Ehrlichkeit und Solvenz

des Hauptſchuldners, und die darauf gegründete Hoffnung, daß ſie nur gleichſam dicis causa und ohne jeden reellen Nachtheil eine fremde Verbindlichkeit auf ſich nehmen, iſt die Gefahr, welche durch das SC. Vellejanum beſeitigt werden ſoll. Hält man dies feſt, ſo leuchtet von ſelbſt ein, daß die Frau ſich vergeblich auf das SCtum beruft, wenn ſie nicht durch dieſes Vertrauen und die darauf baſirte Hoffnung auf Schadloshaltung ſich zu einer privativen Interzeſſion beſtimmen ließ, ſondern wenn ſie dies in dem vollen Bewußtſein und mit der erklärten Abſicht that, einen Theil ihres Vermögens aus Liberalität gegen einen Dritten aufzuopfern. Dies iſt der wahre Sinn der l. 8. §. 5. h. t.: „mulier enim per Senatus Consultum relevatur; *non quae deminuit, restituitur*“, denn das quae deminuit iſt nicht etwa blos von alsbaldiger Hingabe, ſondern von jedem abſichtlichen Vermögens-Opfer für einen Andren zu verſtehen. Dies geht ferner hervor aus l. 21. §. 1. eod.:

> „Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur, non erit tuta SCto; oneribus enim earum Senatus succurrit“,

wo das: liberaliter fecerit auch nicht blos von reeller Zahlung, ſondern auch von einer in der Abſicht der Liberalität vorgenommenen Expromiſſio aufgefaßt werden muß; und dies wird endlich auch beſtimmt bewieſen durch l. 4. §. 1. h. t.:

> „Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed etsi tibi donatura creditori tuo numos numeraverit, non intercedit; Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius mulier se obligat, quam alicui donat“.

Denn darnach fällt die exc. SCti Vellej. hinweg, wenn die Frau ein Darlehn aufnimmt, um das aufgenommene Geld einem Dritten zu ſchenken, während doch bekanntlich ſchon nach dem Wortlaut des Senatusconſults („mutui dationes pro aliis“) die Einrede allerdings dann ſchützend eingreift, wenn die Frau das aufgenommene Geld dem Dritten zu kreditiren beabſichtigt, l. 2. §. 1. h. t., vgl. l. 4. pr., l. 11. conj., l. 12, l. 27. pr., l. 28. §. 1. h. t. — Wenn dies aber Manche auch auf kumulative Interzeſſionen ausdehnen wollen, und demgemäß den allgemeinen Grundſatz aufſtellen, daß bei einer jeden animo donandi eingegangenen Interzeſſion das Senatuskonſult wegfalle, vgl. z. B. *Windscheid*, diss. cit. p. 15 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 296 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. §. 129. bei Not. 91. u. A. m.: ſo läßt ſich dies ſchwerlich rechtfertigen. Da nämlich nicht die trügeriſche Hoffnung der Frau, Erſatz des Gezahlten vom Schuldner zu erlangen, ſondern vielmehr die andre, gar nicht zahlen zu müſſen, das entſcheidende Moment für die Geſtattung der exc. SCti Vellej. iſt, (vgl. beſ. Windſcheid in der angef. Abhandl. S. 287 fgg., Haſenbalg S. 1 fgg., Arndts §. 359. Anm. 3) und da im Falle einer kumulativen Interzeſſion dieſe letztre Erwartung ſehr wohl vorhanden ſein kann, wenn auch die Frau auf die Regreßklage verzichtet hat: ſo iſt gewiß kein Grund vorhanden, ihr in ſolchem Falle die Einrede des Senatuskonſults zu verſagen; vgl. auch Cropp in ſeinen und Heiſe's jur. Abh. Bd. II. Nr. 6. S. 175 fgg., Bach-

ofen a. a. O. S. 18 fgg., Girtanner a. a. O. S. 338 fgg., Arndts, Lehrb. §. 359. Anm. 3, und jetzt auch Windscheid, Lehrb. §. 485. Not. 19.

3) Die interzedirende Frau ist insoweit gebunden, als sie durch die Interzession und deren Effektuirung ihr Vermögen nicht vermindert, wie z. B. dann, wenn der Hauptschuldner, für welchen sie interzedirte, ihr die verbürgte Summe erstattet, „neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, quum jam eam habeat", l. 16. pr. h. t., oder wenn das, wofür sie sich verbürgt hat, in anderer Weise in ihr Vermögen verwendet worden ist, „quia non fit pauperior", l. 21. pr. h. t.

4) Das SC. Vellej. fällt auch hinweg, wenn die interzedirende Frau sich dabei einer Arglist schuldig machte, l. 2. §. 3, l. 23, l. 30. h. t., l. 5, l. 18. C. h. t. Daß die Frau auch schon blos deßhalb, weil sie ihre Rechtswohlthat kennt, von derselben ausgeschlossen sei, ist schwer zu glauben, und in l. 30. cit., wo dies dennoch gesagt zu sein scheint, muß wohl gewiß supponirt werden, daß die Frau es arglistig unterläßt, den irrenden Gläubiger aufzuklären, vgl. Windscheid im Arch. a. a. O. S. 317 fg., Girtanner S. 344 fgg. Ueber andre Ansichten s. *Suse* l. c. §. 20. 51, *Windscheid*, diss. cit. p. 24 sqq., Bachofen a. a. O. S. 41 fgg.

5) Auch dann ist die Vellejanische Einrede unanwendbar, wenn der Gläubiger in einem entschuldbaren (cf. l. 17. pr h. t.) faktischen (cf. l. 7. h. t.) Irrthum über das Dasein einer Interzession befangen ist, l. 12, l. 17. §. 1. h. t., l. 1. C. h. t., was insbesondere dann leicht der Fall sein kann, wenn die Frau nicht selbst, sondern per suppositam personam mit dem Gläubiger das Geschäft abschließt, l. 6. h. t., oder wenn die Frau äußerlich als die wahre Hauptschuldnerin erscheint, wie z. B. ein Darlehn für einen Andren aufnimmt, l. 4. pr., l. 11, l. 27. pr., l. 28. §. 1. h. t. Wenn die l. 13. C. h. t.:

> „Si foenebris pecunia juxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, *decreto Patrum non adjuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit*"

für einen Fall der letztren Art selbst auch dann, wenn der Gläubiger Kenntniß von dem ganzen Thatbestande hat, die Anwendbarkeit des SC. Vellej. in Abrede zu stellen scheint, so ist doch in diesem Reskripte augenscheinlich nicht davon die Rede, wenn die Frau das aufgenommene Geld dem Manne zu kreditiren beabsichtigte, sondern wenn sie dasselbe unmittelbar, und ohne Ersatz zu begehren, zu dessen Bestem verwendet, z. B. um die Haushaltungskosten zu bestreiten u. dgl. m.; vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück XV. S. 8 fgg. und die da Zitt., *Windscheid*, diss. cit. p. 28 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 293 fg., Kattenhorn a. a. O. S. 147 fgg., Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis. Bd. I. Nr. 115, Hasenbalg S. 147 fgg. — Uebrigens leidet die Regel, daß entschuldbare Unkenntniß des Gläubigers die Anwendbarkeit des SC. Vellej. ausschließe, aus begreiflichen Gründen dann eine Ausnahme, wenn der Gläubiger nicht eigentlich selbständiger Kreditor der Frau ist, sondern in Wahrheit nur für die Frau interzedirt, denn in diesem Falle kann die Frau die exceptio SCti Vellej. der Klage des Gläubigers auch dann entgegensetzen, wenn diesem die

Interzedenten-Qualität der Frau gänzlich unbekannt ist, wie aber auch auf der andren Seite er selbst vollkommen berechtigt ist, diese Einrede dem eigentlichen Kreditor gegenüber vorzuschützen. Dies ist der einfache Grundgedanken der vielbesprochenen und oft mißverstandenen l. 19. §. 5. h. t. Dieselbe enthält nämlich folgende Entscheidung. Eine Frau, die für Jemanden eine expromissio vornehmen will, aber von dem Gläubiger — welchen wir Gajus nennen wollen — aus Furcht vor dem SC. Vellej. nicht angenommen wird, schließt, um ihren Zweck indirekt zu erreichen, mit einem Dritten, Titius, welcher von jenen Vorgängen nichts weiß, einen Darlehnsvertrag ab und beauftragt denselben, das Geld an jenen Gläubiger Gajus auszuzahlen; der Titius, nicht gerade bei Kasse, schließt Statt dessen mit diesem Gläubiger eine Stipulation ab, worin er ihm die Auszahlung der fraglichen Summe verspricht, und es fragt sich nun, ob hier die exceptio SC. Vellej. anwendbar sei? und zwar läßt sich diese Frage in der zwiefachen Richtung aufwerfen: hat die Frau diese exceptio gegen die Klage des Titius? und: hat Titius jene Einrede gegen die Klage des Gajus? Afrikan antwortet bejahend, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil hier Titius im Wesentlichen so aufzufassen sei, wie wenn er sich für die Frau bei dem Gajus verbürgt hätte; als Bürge aber würde er unzweifelhaft die exc. SCti Vellej. haben, auch wenn er nicht wußte, daß er sich für eine interzedirende Frau verbürgt habe, und eben so würde auch unzweifelhaft die Frau seiner actio mandati jene Einrede entgegensetzen können. Diese Entscheidung sei ganz unbedenklich — so fährt Afrikan fort — wenn Titius noch vor wirklicher Zahlung an Gajus, von dem wahren Sachverhältniß, daß hier nämlich eine Interzession einer Frau vorhanden sei, Kunde erhalte. Aber wie verhält es sich, wenn Titius, ohne von jenem Sachverhalt etwas erfahren zu haben, die Zahlung an den Gajus effektuirt hat, und nun klagend gegen die Frau auftritt? Kann auch in diesem Falle die Frau auf ihre Rechtswohlthat provoziren, oder muß ihr die Einrede versagt werden? Bei Entscheidung dieses Falls war Afrikan schwankend. Anfangs neigte er sich zu der Meinung, daß hier die exceptio eben so wegfallen müsse, wie wenn eine Frau ihren Schuldner einem Dritten delegirt hätte. Später aber verwarf er diese Parallele als unpassend, weil im Falle einer solchen Delegation gar nicht von Uebernahme einer obligatio von Seiten der Frau die Rede sei, während in dem vorliegenden Falle die Frau doch offenbar eine fremde obligatio auf sich genommen habe; und seine endliche Meinung geht also dahin, daß auch in diesem Falle die Frau gegen die Klage des Titius durch die exceptio SCti Vell. geschützt sei, und Titius sich mit einer condictio indebiti gegen den Gajus helfen müsse; vgl. auch Basil. XXVI. 7. fr. 50. Ueber die verschiedenen Erklärungen s. die Nachweisungen bei Glück XV. S. 10 fgg. und dazu Sintenis in Gieß. Zeitschr. X. S. 51 fgg., *Windscheid*, diss. cit. p. 35 sqq., Kritz, Pandektenr. I. 1. S. 263 fgg., Kattenhorn a. a. O. S. 36 fgg., Hoffmann in Sell's Jahrbb. III. S. 420 fgg., Bachofen a. a. O. S. 44 fgg., Hasenbalg S. 91 fgg.

6) Wenn die Frau Erbin des Hauptschuldners geworden ist, so kann im Falle einer privativen Interzession nicht blos die actio restitutoria gegen sie gebraucht werden, sondern auch die Klage aus ihrem eignen Geschäfte, „nihil

enim ejus interest, qua actione conveniatur", l. 8. §. 13. h. t., cf. l. 95. §. 2. fin. de solut. (46, 3).

7) Wenn die Frau bei einem Minderjährigen interzedirte, so fällt die exc. SC. Vellej. insofern hinweg, als der Minderjährige durch die Vorschützung dieser Einrede einen Schaden erleiden würde, l. 12. de minor. (4, 4).

8) Nach der besondren Verordnung Justinian's in l. 22. C. h. t. coll. Nov. 61. c. 1. §. 1. soll die Vellejanische Einrede auch dann hinwegfallen, wenn die interzedirende Frau nach Ablauf von zwei Jahren nach der ersten Interzession, nochmals für die nämliche Schuld eine Interzession vornimmt, denn „sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit". Dazu wird aber erfordert, daß die Frau wenigstens bei der zweiten Interzession — denn bei der ersten kommt darauf der richtigeren Meinung nach nichts an, obwohl Viele a. M. sind, z. B. Glück XV. S. 15 fgg. — volljährig ist, daß die erste Interzession an sich giltig ist, und nur durch die exc. SC. Vellej. entkräftet werden kann, und daß nach Ablauf des biennium wirklich eine neue Interzession vorgenommen, nicht etwa nur thatsächlich, wie etwa durch Zinszahlung, theilweise Leistung u. dgl. der fortdauernde Wille ausgesprochen wird. Treffen diese Erfordernisse zusammen, so ist die zweite Interzession giltig, ohne daß hier mit Glück XV. S. 18 fgg. u. A. m. eine Rückziehung auf die Zeit der ersten Interzession angenommen werden kann, indem Justinian ausdrücklich sagt, daß die Frau „ex *secunda* cautione" verpflichtet werde. Dies ist auch von jeher die communis opinio gewesen, vgl. die bei Glück a. a. O. Not. 32. Genannten, und s. auch *Windscheid* cit. p. 41 sqq., Girtanner S. 347 fgg., Dernburg, Pfandr. I. S. 211 fgg.

9) Auch dann fällt die exc. SC. Vellej. hinweg, wenn die Frau pro libertate interzedirt, l. 24. C. h. t.

10) Endlich ist dies auch dann der Fall, wenn die Interzession sich auf das Versprechen einer dos bezieht, l. 12, l. ult. C. h. t. —

Zu diesen schon im römischen Rechte begründeten Ausnahmen kommt noch im Geiste des kanonischen Rechts (vgl. oben Bd. I. §. 170. Anm.) die weitere hinzu, wenn die Interzession eidlich bestärkt ist, Glück XV. S. 33. ibique citt., und nach deutschrechtlicher Praxis muß auch noch hinzugefügt werden, daß die Interzessionen von Kauffrauen bei Handelsgeschäften giltig sind, *Boehmer* cit. c. 11. §. 11, *Deimlin*, de vera indole SC. Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito intercedentem applicata. Alt. 1751, Joh. Sam. Fr. Böhmer in Schott's juristische Wochenbl. Jahrgang III. Nr. 29. S. 535 fgg., *Gercke* cit. §. 51, Glück XV. S. 33 fgg.

Schließlich muß hier noch die Frage berührt werden, ob auch eine wirksame Entsagung auf die Rechtswohlthat des SC. Vellej. Statt finde? Obwohl eine sehr konstante Praxis sich seit lange für die Zulässigkeit des Verzichts ausgesprochen hat, so ist dies doch von jeher in der Theorie sehr kontrovers gewesen, vgl. über die ältere Literatur die Nachweisungen bei *Boehmer* cit. c. II. §. 15. mm und nn), Glück XV. S. 36 fgg., *Suse* cit. §. 21. not. 58. und Girtanner S. 263 fgg., und auch noch h. z. T. sind die Meinungen sehr

getheilt. Während nämlich auch noch jetzt nicht Wenige auch theoretisch die Wirksamkeit des Verzichts vertheidigen, vgl. *Gercke* cit. §. 15, Puchta, Lehrb. §. 408, Heimbach in Weiske's Rechtslex. III. S. 796 fgg., Kattenhorn a. a. O. S. 206 fgg., Rudorff, Grundriß zu Vorles. über das gem. Zivilr. 2. Aufl. (Berl. 1843) §. 265. Anm., Girtanner S. 136 fgg. S. 364 fgg., Arndts, Lehrb. §. 361. u. A. m., leugnen Andre dieselbe, abgesehen von ein Paar singulären Ausnahmen, gänzlich ab, und diese letztre Meinung hat sich h. z. T. so verbreitet, daß man sie wohl als die jetzt herrschende betrachten muß, vgl. z. B. *Suse* cit. §. 21 sqq., Glück a. a. O., Cropp in Heise und Cropp, jur. Abh. I. Nr. 10. §. 8. fgg., *Windscheid* cit. p. 57 sqq., Koch, Recht der Fordr. III. §. 375, Sintenis in Sell's Jahrbb. II. S. 353 fgg. und die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 606, Wening §. 355, Schweppe III. S. 360 fgg., Seuffert §. 381. Not. 12, Valett §. 584, Mühlenbruch §. 488. („nach einer Usual-Interpretation"), Göschen §. 572, Roßhirt §. 510, Windscheid, Lehrb. §. 486. Not 6. Wirklich läßt sich nun auch nicht in Abrede stellen, daß, abgesehen von speziellen Gesetzen, die überwiegenden innern Gründe für diese letztre Ansicht sprechen. Wenn nämlich der wahre Grund des SC. Vellej. der ist, die Frauen gegen die Gefahr des leichtsinnigen Vertrauens auf die Ehrlichkeit und Solvenz des prinzipalen Schuldners zu schützen, so ergibt sich von selbst, daß dann, wenn ein solches Vertrauen vorhanden ist, die Frau sich ganz eben so leicht zum Verzicht auf ihre Rechtswohlthat, wie zur Interzession selbst bestimmen lassen wird, indem ja jenes Vertrauen nothwendig auch die Hoffnung mit sich führt, daß sie dieser Rechtswohlthat gar nicht bedürfe, und ihr Verzicht darauf also etwas ganz Unschädliches und Indifferentes sei. Sollte also das Senatuskonsult seinen Zweck vollständig erreichen, so müßte, wie die Interzession selbst, so auch der Verzicht auf die Rechtswohlthat für unwirksam erklärt werden. Dennoch aber muß wohl nach den Gesetzen die entgegengesetzte Ansicht als die im römischen Rechte wirklich anerkannte angesehen werden. Wenn man dieselbe freilich aus l. 30. h. t. begründen will, indem ja danach die Frau schon dann der exc. SCti Vellejani verlustig sein solle, wenn sie dieselbe nur bei Vornahme der Interzession gekannt habe, der Verzicht aber jedenfalls eine Kenntniß voraussetze, so ist dieses Argument gewiß unhaltbar, denn es ist schon oben bei Nr. 4. bemerkt worden, daß nicht das bloße Wissen, sondern nur das mit Dolus gepaarte Wissen die Einrede ausschließe. Eben so unbeweisend ist auch die l. 31. h. t., indem daraus nur abgeleitet werden kann, was auch meines Wissens Niemand bestreitet, daß die Frau nicht gezwungen ist, sich auf die Rechtswohlthat zu berufen, woraus aber natürlich auch nicht entfernt gefolgert werden darf, daß auch ein vorausgehender Verzicht bindend sei. Und endlich kann auch die l. 22. C. h. t. nicht für diese Meinung angeführt werden, denn daraus, daß eine nach zwei Jahren wiederholte Interzession giltig sein soll, läßt sich doch gewiß nicht auf die Wirksamkeit eines sogleich mit der Interzession verbundenen Verzichts schließen. Wohl aber geht meines Erachtens die Richtigkeit jener Ansicht aus der auch vorzüglich immer dafür angeführten l. 32. §. 4. h. t. hervor:

Pomponius. „Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, judicium

parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, *cavere debebit, exceptione se non usurum*, et sic ad judicem ire".

Daß hier ein wirksamer Verzicht auf die exc. SCti Vellejani als möglich angenommen wird, leidet wohl keinen gegründeten Zweifel, und da dies hier auch durchaus nicht als etwas Singuläres, gerade nur wegen eigenthümlicher Gründe in dem besondren da entschiedenen Falle Zulässiges hingestellt wird, so können wir darin nur eine Anwendung der allgemeinen Regel erblicken, daß überhaupt Verzicht auf die exc. SCti Vellejani zulässig und wirksam ist. Doch hat man gegen diese Argumentation nicht ohne Scharfsinn eingewendet, daß eine Frau, welche für Jemanden interzedire, und dann diesen Schuldner auch vor Gericht vertrete, durch die wirkliche Uebernahme und Durchführung dieses Prozesses nicht sowohl interzedire, als vielmehr ihre Interzession effektuire, also Zahlung leiste; eine Interzession durch Zahlung zu realisiren, sei aber eine Frau vollkommen berechtigt, und wenn sie hierbei das Bewußtsein gehabt, daß sie zur Leistung nicht verpflichtet sei, so könne sie auch das Gezahlte nicht zurückfordern, woraus sich dann weiter von selbst ergebe, daß wenn bei der Zahlung der Verzicht auf die exc. SCti Vellejani vorkomme, dieser stets vollkommen wirksam sein müsse, indem ja ein solcher Verzicht nothwendig jenes Bewußtsein voraussetze; aus diesem Grunde müsse nun auch die Wirksamkeit des Verzichts im Falle der l. 32. §. 4. cit. erklärt werden, und es sei also begreiflich daraus kein Schluß auf einen Verzicht zu machen, welcher sogleich bei der Interzession vorgekommen sei, vgl. Cropp a. a. O. und die da Angeff., s. auch *Windscheid* p. 58. Es scheitert aber meines Erachtens diese Argumentation an dem Umstande, daß dabei von dem Satze ausgegangen wird, die nachherige Prozeßübernahme von Seiten der interzedirenden Frau sei eine Art von Zahlung, während man darin doch sicher nichts Andres, als eine fortgesetzte Interzession, also immer doch nur eine Interzession, keine Zahlung erblicken kann; und wenn bei dieser fortgesetzten Interzession ein Verzicht auf die exceptio SCti Vellejani wirksam ist, so läßt sich nicht wohl einsehen, warum er nicht auch von Anfang an wirksam sein sollte. Dieses Resultat wird aber noch gar sehr bestätigt durch mehrere Aeußerungen Justinian's, wonach eine Frau, um zur Vormundschaft ihrer Kinder gelangen zu können, auf ihr beneficium SCti Vellejani verzichten muß, vgl. l. 3. C. quando mulier tut. off. fungi potest (5, 35) [„et renunciet SCti Vellejani praesidio, omnique alio legitimo auxilio"], Nov. 118. c. 5. [„si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Vellejani SCti renunciat"]. Erwägt man, mit welcher gänzlichen Unbefangenheit der Kaiser hier des Verzichts auf das beneficium SCti Vellejani Erwähnung thut, ohne auch nur im Entferntesten anzudeuten, daß eine solche Entsagung etwas Anomales sei, so muß sich doch wohl unsre Ueberzeugung bestärken, daß sich auch hier wieder nur eine einzelne Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes vorfinde. Dafür kann denn endlich allenfalls auch noch die Vorschrift Justinian's in l. 23. pr. C. h. t. angeführt werden, wonach dann, wenn eine Frau in der Interzessions-Urkunde erklärt, sie habe etwas für ihre Interzession empfangen, dies unbedingt geglaubt werden, und die exc. SCti Vellejani ausgeschlossen sein soll; denn es

leuchtet ein, daß eine ſolche Erklärung dann, wenn die Frau wirklich nichts empfangen hat, in der That nichts Andres, als ein verſchleierter Verzicht auf die exc. SCti Vellejani iſt, und wenn dies rechtlich zuläſſig iſt, läßt ſich da wohl ohne Inkonſequenz die Statthaftigkeit und Wirkſamkeit einer offenen Entſagung in Abrede ſtellen?

Hiernach kann es uns nicht wundern, wenn wir die Anſicht von der Zuläſſigkeit des Verzichts ſchon bei den Byzantinern als die herrſchende finden, vgl. *Michael. Attalens.* tit. 23. (Leunclav. jus Graeco-Rom. tom. II. p. 22), *Harmenopul.* lib. III. tit. 6. §. 5, wie ſie denn auch im Occident von der Gloſſe an von jeher die bei Weitem meiſten Vertheidiger zählte; und wenn auch, wie wir oben ſahen, gerade in unſren Tagen die Zahl der Diſſentienten nicht gering iſt, ſo hat dies doch, wie die Gegner ſelbſt einräumen, auf die Praxis noch keinerlei Einfluß geäußert. Immer aber wird, damit der Verzicht auf die Rechtswohlthat als wirkſam erſcheinen könne, vorausgeſetzt, daß die Frau auch gehörige Einſicht in das Recht habe, auf welches ſie verzichtet, und da dieſe bei ihr nicht vermuthet werden kann, ſo fordert die Praxis nicht mit Unrecht eine vorgängige Belehrung, vgl. Glück a. a. O. S. 40 fgg. und die da Angeff. Wenn aber außerdem von Manchen verlangt wird, daß die Entſagung eidlich geſchehe, oder daß ſie vor Gericht ausgeſprochen, oder in einer öffentlichen, von drei Zeugen unterſchriebenen Urkunde erklärt ſei, ſo fehlt es dergleichen Lehren nicht nur an aller theoretiſchen Begründung, ſondern ſie haben auch nicht einmal in der Praxis irgend Anklang gefunden; vgl. *Böhmer* cit. c. 2. §. 19. not. qqq., Glück a. a. O. S. 45 fgg., Girtanner S. 366.

Anm. 2. In l. 23. §. 2. C. h. t. (ſ. T. 2.) verordnet Juſtinian, eine Frau könne ſich nicht anders für einen Andren obligiren, als wenn ſie dies in einer öffentlich ausgefertigten und von drei Zeugen unterſchriebenen Urkunde thue, und wenn dies nicht geſchehen ſei, ſo ſolle der ganze Akt völlig nichtig und unwirkſam ſein. Das Verhältniß dieſer neuen Verordnung zu dem früheren Rechte iſt von jeher ſehr beſtritten. Darüber war man zwar einig, daß die Frau, wenn ſie in der vorgeſchriebenen Form interzedirte, doch deßhalb nicht unbedingt obligirt ſei, ſondern ſich immer noch auf die exceptio SCti Vellejani berufen dürfe; aber darüber ſtritt man, wie es ſich in den Ausnahmsfällen verhalte, in denen die exc. SCti Vellej. wegfalle. Während die Einen annehmen, daß in ſolchen Fällen die Frau auch noch nach Juſtinianiſchem Rechte wirkſam verpflichtet ſei, ſelbſt wenn ſie keine öffentliche Urkunde ausgeſtellt habe, ſo daß alſo die Formvorſchrift der l. 23. §. 2. C. cit. ſich nur auf die Fälle beziehe, in denen auch ſchon vorher eine wirkſame exc. SCti Vell. anwendbar geweſen ſei: ſo lehren die Andren, daß dann, wenn jene Form nicht beachtet ſei, ſelbſt auch in jenen Ausnahmsfällen von einer Verbindlichkeit der Frau keine Rede ſein könne, mit einziger Ausnahme des von Juſtinian beſonders entſchiedenen Falls, wenn ſie etwas für ihre Interzeſſion empfangen habe, ſo daß alſo z. B. eine Frau, auch wenn ſie betrüglich zu Werke gegangen, oder bei einem Minderjährigen interzedirt habe u. dgl., doch nicht verpflichtet ſei, wenn nicht jene Form beobachtet ſei. Das Erſtre nahm Bulgarus an, dem die Gloſſe ad h. l. beiſtimmte, und es ſcheint dies längre Zeit hindurch die herrſchende Lehre geweſen

zu ſein, vgl. z. B. *Raguellus*, comm. ad const. et dec. Just. ad l. 23. cit. p. 236 sqq., *Bachov*, ad Treutler. vol. I. disp. 25. th. 2. lit. B. (p. 941), *Frantzke*, comm. in Pand. ad tit. de SC. Vell. nr. 35, *Böhmer* cit. cap. 1. §. 7. not. cc. (in exerc. cit. p. 363), *Lauterb.*, colleg. theor. pract. ad tit. de SC. Vell. §. 10; wie es denn auch unter den neueren Juriſten noch manche Vertheidiger findet, vgl. z. B. Röslin, Abh. v. beſ. weibl. Rechten Th. II. S. 185 fgg., Höpfner, Komm. 838. Not. 3. (welche Beiden wenigſtens im Weſentlichen jener Meinung beiſtimmen), Meiſter, prakt. Bemerk. II. 4, und beſonders *Windscheid* cit. p. 47 sqq.; ſ. auch Roßhirt, gem. Zivilr. §. 511. Die andre Anſicht vertheidigte dagegen der Gloſſator Martinus (ſ. gloss. ad h. l.), und wenn auch längere Zeit vernachläſſigt, iſt ſie doch h. z. T. die unbedingt herrſchende geworden, nur daß dabei Manche der in l. 23. cit. allein genannten Ausnahme, wenn die Frau für ihre Interzeſſion belohnt ſei, auch noch die intercessio pro libertate und pro dote als zwei anderweite, durch ſpätere Geſetze begründete Ausnahmen hinzufügen, während Andre auch dieſe beiden Ausnahmen nur in dem Falle anerkennen wollen, wenn eine öffentliche Urkunde da ſei, vgl. *Suse* cit. p. 35 sqq., Glück XV. S. 26 fgg., Thibaut, ziv. Abh. S. 129 fgg., Kritz a. a. O. S. 284, Bucher, Recht der Fordr. §. 121. 122, Sintenis in Sell's Jahrbb II. S. 364 fgg., und die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 607, Schweppe §. 518, Seuffert §. 381, Wening §. 358, Mühlenbruch §. 489, Puchta §. 409, Göſchen §. 573, Sintenis II. §. 129. Not. 88, Arndts §. 362, Windſcheid, Lehrbuch II. §. 488. Not. 5. (welcher hier ſeine frühere Meinung zurücknimmt); vgl. auch Bachofen a. a. O. S. 55 fg. und Girtanner S. 141 fgg. S. 351 fgg. — Neben dieſen beiden Anſichten iſt aber in unſern Tagen noch eine dritte aufgeſtellt worden, die von beiden gleich ſehr abweicht. Valett, Lehrb. §. 584. und Kattenhorn a. a. O. S. 172 fgg. gehen nämlich davon aus, daß eine Frau dann, wenn ſie in einer öffentlichen, von drei Zeugen unterſchriebenen Urkunde interzedirt habe, unbedingt obligirt ſei, ſo daß hier auch die exc. SCti Vell. gänzlich wegfalle; habe ſie aber jene Form nicht angewendet, ſo ſei ihre Interzeſſion ganz nichtig, mit Ausnahme der Fälle, in denen nach früherem Rechte die exc. SCti Vell. nicht zugelaſſen ſei, denn dieſe Fälle müßten auch als eben ſo viele Ausnahmen von der im Juſtinianiſchen Geſetze angedrohten Nichtigkeit aufgefaßt werden — und in dieſem letztren Punkte ſtimmt alſo Valett's und Kattenhorn's Meinung mit der oben referirten Anſicht des Bulgarus zuſammen.

Faßt man Juſtinian's Konſtitution unbefangen auf, und läßt ſich bei ihrer Auslegung nicht durch ungehörige Billigkeits- und Zweckmäßigkeits-Rückſichten leiten, ſo kann meines Erachtens nur die Meinung des Martinus als die richtige angeſehen werden. Der von Kattenhorn adoptirte Einfall Valett's bedarf keiner Widerlegung, da Juſtinian gerade von dem Falle, wenn die von ihm vorgeſchriebenen Formen beobachtet ſind, mit dürren Worten ſagt, daß dann Alles das gelten ſolle, was frühere Geſetze oder kaiſerliche Konſtitutionen über Interzeſſionen der Frauen eingeführt hatten („tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel

veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt"). Wie sich diese, den Worten geradezu widerstreitende, Ansicht Valett'n „bei oftmaliger Lesung" der l. 23. cit. hat „aufdringen" können, ist mir eben so unbegreiflich, als die weitere Bemerkung dieses Schriftstellers, daß, als er die Glosse aufgeschlagen, er dieselbe dort auch schon kurz angedeutet, aber von Accursius verworfen gefunden habe; in der Glosse werden nur die oben referirten Meinungen des Martinus und Bulgarus angeführt, und die letztre gebilligt; von der Valett'schen Ansicht kommt dagegen in der Glosse eben so wenig, wie in dem Gesetze selbst eine Spur vor. Die vorher ausgezogenen Worte der l. 23. cit. stehen aber, wie ich glaube, eben so bestimmt auch der Auslegung des Bulgarus entgegen, denn wenn die ganze ältere und neuere Theorie über Interzession der Frauen gerade nur dann Anwendung finden soll, wenn jene Formen gewahrt sind, im umgekehrten Falle aber, wie der Kaiser unmittelbar nachher hinzufügt, der ganze Akt null und nichtig sein soll, so als wenn gar nichts geschehen wäre: so kann doch wahrlich damit nicht die Behauptung vereinigt werden, daß die interzedirende Frau doch auch dann, wenn sie keine öffentliche Urkunde errichtet hat, obligirt sei, sofern nur einer der Ausnahmsfälle des SC. Vell. vorliege! Erwägt man aber außerdem, daß nach jener Auslegung des Bulgarus die ganze Neuerung des Kaisers nur blos darin bestanden hätte, daß da, wo die interzedirende Frau bisher die völlig wirksame und sie vollständig schützende exc. SC. Vell. vorschützen konnte, sie jetzt ipso jure liberirt sein soll, daß dagegen in allen Fällen, wo das frühere Recht sie schutzlos ließ, sie auch von Justinian schutzlos gelassen sei: so läßt sich nicht nur überhaupt kein verständiger Zweck einer solchen, fast völlig leeren, Neuerung denken, sondern es läßt sich auch namentlich nicht begreifen, wie Justinian als Motiv für diese Neuerung hat angeben können *„ne mulieres perperam sese pro aliis interponant"*. Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Auslegung des Martinus, indem sie augenscheinlich nicht blos mit den Dispositivworten des Gesetzes vollkommen übereinstimmt, sondern darauf auch die vom Kaiser angegebene ratio vollständig paßt. Ob es freilich weise und überlegt von Justinian war, zu verordnen, daß eine Frau auch dann, wenn sie arglistig handelte, oder wenn ihr der Schuldner später das geleistet hat, wofür sie sich verbürgte u. dgl. doch nicht haften soll, blos weil sie keine öffentliche Urkunde errichtete, das ist eine andre Frage, aber dergleichen Zweifel können uns nicht bestimmen, das Gesetz anders auszulegen, als es von Justinian gedacht war. Wollen wir also keine Unterscheidung in das Gesetz hineintragen, die demselben fremd ist, so müssen wir den einfachen Grundsatz aufstellen: wenn eine Frau ohne öffentliche Urkunde interzedirt, so ist juristisch gar keine Interzession da, sondern das ganze Geschäft ist selbst in solchen Fällen null und nichtig, in denen ehedem die exc. SC. Vell. durch eine justa replicatio elidirt werden konnte; hat sie aber eine öffentliche Urkunde über ihre Interzession ausgefertigt, dann ist in vollem Umfange die Theorie des SC. Vellejanum anwendbar, d. h. die Frau ist zwar ipso jure verpflichtet, kann sich aber regelmäßig durch die exc. SC. Vell. schützen, wenn nicht einer der in den vorigen Anm. angedeuteten Ausnahmsfälle begründet ist. Diesem Grundsatze müssen jedoch noch folgende erläuternden Zusätze beigefügt werden:

1) Es kann wohl keinen gegründeten Zweifel leiden, daß die l. 23. cit. blos von solchen Geschäften der Frau verstanden werden darf, die auch wirklich im Sinne des SC. Vellejanum als wahre Interzessionen gelten. Rechtsgeschäfte, die gar nicht in die Sphäre des SC. Vellejanum fallen, werden auch nicht durch die l. 23. cit. berührt, und aus ihnen muß also unbedenklich eine Frau auch dann obligirt werden, wenn darüber keine öffentliche Urkunde errichtet ist. Dies ist nach dem in der vorigen Anm. zu Nr. 1. und 2. Bemerkten namentlich dann der Fall, wenn die Frau durch die Uebernahme der fremden Obligation doch in der That nur ihr eignes Geschäft führt, und wenn sie animo donandi eine fremde Schuld auf sich nimmt; denn da in diesen Fällen die exc. SC. Vell. nicht etwa darum wegfällt, weil sie Ausnahmen enthalten, sondern vielmehr, weil sie gar nicht unter die Regel des Senatusconsultum fallen, weil sie ganz außerhalb der Sphäre desselben liegen, und gar nicht als Interzession im Sinne desselben betrachtet werden: so muß aus solchen Geschäften eine Frau auch h. z T. unbedingt haften, einerlei, ob die Formvorschriften der l. 23. cit. beobachtet worden sind, oder nicht. Eine Anwendung hiervon findet sich denn auch im princ. unsrer l. 23. cit., indem danach eine Frau dann, wenn sie eine Belohnung für ihre Interzession erhielt, stets haften soll, „sive *sine scriptis*, sive per scripturam sese interposuerit“, und es ist dies völlig konsequent, weil ja hier die Frau in der That „suum negotium gerit“ (s. oben S. 147). Dadurch beseitigt sich denn auch von selbst der Einwand, welchen Accursius gegen die Meinung des Martinus vorbringt, daß nämlich der §. 2. der l. 23. cit. mit dem princ. im Widerspruch stehe; wie dadurch freilich auch auf der andern Seite ein Argument entkräftet wird, welches Thibaut, ziv. Abh. a. a. O. für Martinus vorbringt. Thibaut geht nämlich davon aus, wenn bei einer neuen Regel nur eine Ausnahme einer früheren Regel wiederholt werde, so müsse man daraus folgern, daß die übrigen aufgehoben sein sollten; nun führe Justinian von seiner neuen Regel, daß eine Interzession ohne öffentliche Urkunde schlechthin nichtig sein soll, im princ. der l. 23. nur gerade jene eine Ausnahme an, wenn die Frau etwas dafür erhalten habe, und darum dürften die übrigen Ausnahmen des SC. Vell. nicht auch als noch fortbestehend angenommen werden. Es ist ein Glück, daß die Theorie des Martinus noch auf bessere Argumente gestützt werden kann, denn das von Thibaut angeführte fällt darum zusammen, weil jener in l. 23. pr. entschiedene Fall, wie gesagt, gar keine wirkliche Ausnahme enthält.

2) Eben so unzweifelhaft scheint es mir, daß die l. 23. cit. auf solche Geschäfte keine Anwendung leiden kann, die an und für sich gar nicht als Interzession einer Frau erscheinen, und dem Gläubiger auch nicht als solche bekannt sind, wie z. B. wenn die Frau ein Darlehn aufnimmt, wie der Gläubiger glaubt, für sich selbst, in der That aber, um einem Andren zu kreditiren und dgl. m. Man kann nicht ohne Grund sagen, daß solche Geschäfte nur erst durch die Mitwissenschaft und Mitwirkung des Gläubigers zu Interzessionen werden, und also ohne diese Kollusion ganz nach ihrer sonstigen Natur beurtheilt werden müssen. Daß aber auch namentlich Justinian in l. 23. cit. nicht an solche Fälle denken kann, geht insbesondre noch daraus hervor, daß er sich bei seiner

neuen Formvorschrift gerade an die Gläubiger wendet, ihnen die Anwendung dieser Formen anempfiehlt, und zu ihrem Nachtheil die Nichtigkeit der formlosen Interzession androht, „nisi instrumento — — *accipiant homines* a muliere pro aliis confessionem“; „sin extra eandem observationem mulieres *acceperint* intercedentes“. Wie kann aber den Gläubigern die Anwendung einer Form befohlen werden in Fällen, von denen sie nicht wissen und nicht wissen können, daß sie für diese Form geeignet sind? und wie kann ihnen ein bedeutender Nachtheil angedroht werden wegen Unterlassung von Etwas, wozu sie sich gar nicht verpflichtet halten konnten? Man dürfte fast kein Geschäft mit einer Frau ohne öffentliche von drei Zeugen besiegelte Urkunde abschließen, weil ja begreiflich bei den allerverschiedenartigsten Geschäften möglicher Weise eine Interzession versteckt sein kann!

3) Es bedarf wohl keines besondren Beweises, daß durch die Nichtigkeits-Erklärung der l. 23. cit. blos die Klagen aus dem Interzessions-Geschäft wegfallen, während dagegen andre auf andren Rechtsgründen beruhende Rechtsmittel unbedenklich in Anwendung kommen können, und so steht also nichts im Wege, daß, wenn die Frau bei einer unförmlichen Interzession sich einer Arglist schuldig machte, deßhalb die actio de dolo gebraucht werden kann, oder wenn der Schuldner später der Frau das vergütet hat, wofür sie interzedirte, eine condictio statthaft ist u. dgl. m. Aus diesen richtigen Prämissen macht aber *Suse* cit. §. 48. den falschen Schluß, daß auch ein Minderjähriger, bei welchem eine Frau eine formlose, also nichtige Interzession einging, sich dagegen einer in integrum restitutio bedienen könne, und den nahe liegenden Einwand, daß es hier ja eben wegen der juristischen Nichtexistenz des Interzessions-Geschäfts schlechthin an allem Objekte der in integrum restitutio fehle, will er, aber freilich sehr unglücklich, durch die augenscheinlich grundlose Replik entkräften, „ut minor non tam restituatur contra singulam intercessionis speciem (den einzelnen Fall), quam contra jus singulare feminae et sublatae obligationis, quo vigente damnum esset passurus“!

4) Erst nach unsrer l. 23. — wie wenigstens aus der Reihenfolge der Konstitutionen geschlossen werden muß — hat Justinian in l. 24. und l. 25. h. t. zwei neue Ausnahmen von der Regel des SC. Vellejanum eingeführt, nämlich die intercessio pro libertate und pro dote (Anm. 1. nr. 8. und 9), und da fragt es sich nun, ob nicht wenigstens in diesen beiden Fällen die Frau auch aus einer unfeierlichen Interzession obligirt werde? Es ist schon oben bemerkt worden, daß über diese Frage selbst unter den Vertheidigern der richtigen Meinung Dissens herrscht, und nur Wenige die Frau für obligirt halten. Ich kann dem nicht beistimmen, denn in beiden Gesetzen sagt der Kaiser schlechthin nichts mehr, als daß das Senatuskonsultum Vellejanum hier nicht anwendbar sein solle (l. 24. cit.: „recte omni modo SC. Vellejanum in hoc casu tacere imperantes“, l. 25: „omni auctoritate Vellejani SCti in hac causa cessante“). Die ganze Theorie des SC. Vellej., Regel und Ausnahmen, kommt ja aber in Gemäßheit der l. 23. cit. nur dann zur Sprache, wenn eine öffentliche Urkunde errichtet ist, und so muß denn auch in diesen beiden Fällen die in der l. 23. für formlose Interzessionen angedrohte Nichtigkeit eintreten.

5) Daß eine eidliche Eingehung der Interzeſſion die Nichtbeobachtung der in l. 23. vorgeſchriebenen Formen unſchädlich macht, liegt ganz im Geiſte des kanoniſchen Rechts (Bd. I. §. 170. Anm.), und wird auch allgemein anerkannt. Wenn aber Viele glauben, daß auch Verzicht hier zuläſſig ſei, und alſo auch eine ohne öffentliche Urkunde abgeſchloſſene Interzeſſion durch beigefügten Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten für die Frau obligirend werde (ſ. Glück XV. S. 47. und die da Angeff.), ſo iſt dies geradezu unmöglich, denn es läßt ſich doch wahrlich nicht einſehen, wie Etwas, was juriſtiſch gar nicht exiſtent iſt, und deſſen Exiſtenz durch die Beobachtung beſtimmter Formen bedingt wird, durch einen Verzicht zur Exiſtenz kommen könne! Von einem wirkſamen Verzichte auf die weiblichen Rechtswohlthaten kann alſo verſtändiger Weiſe nur dann die Rede ſein, wenn die Interzeſſion in einer öffentlichen Urkunde vorgenommen, und die Frau alſo an und für ſich obligirt iſt.

Anm. 3. Ulpian in l. 2. pr. §. 1. h. t.:

„Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est“,

erzählt, daß zuerſt zwar durch Edikte von Auguſtus und Claudius Interzeſſionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner verboten geweſen ſeien, daß aber nachher durch das SC. Vellejanum für alle Frauen eine genügende Rechtshilfe eingeführt ſei. Daß hiernach jenes beſondre Recht der Ehefrauen ſeit dem SC. Vellej. aufgehört hatte, kann m. E. keinem gegründeten Zweifel unterliegen, und der neuerlich wieder von Hofmann in der Gießer Zeitſchr. XIV. S. 226 fgg. und Kattenhorn a. a. O. S. 24 fgg. vertheidigten Meinung, daß vielmehr jene Edikte des Auguſtus und Claudius noch neben dem SC. Vellejanum fortbeſtanden hätten, widerſpricht nicht nur die Ulpianiſche Stelle, wo jene früheren kaiſerlichen Edikte offenbar nur als hiſtoriſcher Anknüpfungspunkt für das SC. Vellej. angeführt werden, ſondern auch der ganze Inhalt des Pandekten- und Kodextitels de SC. Vellejano, indem da durchgehends Interzeſſionen der Ehefrauen und andrer Frauen ganz gleich behandelt werden, ſo daß wir ohne jene Ulpianiſche Stelle keine Ahnung davon hätten, daß einmal für Ehefrauen ein beſondres Recht gegolten habe; vgl. auch Sintenis in Sell's Jahrbb. II. S. 374 fgg. Erſt durch die als T. 3. abgedruckte Nov. 134. c. 8. (Auth. Si qua mulier C. de SC. Vell.) iſt für das praktiſche Recht eine eigenthümliche Behandlung der Interzeſſionen der Ehefrauen begründet worden, indem hier Juſtinian vorſchreibt: wenn eine Frau eine Schuldurkunde ihres eigenen Mannes genehmige („εἴ τις γυνὴ ἐν δανειακῷ γράμματι συναινέσει τῷ οἰκείῳ ἀνδρί“), oder ſie unterſchreibe und ihr Vermögen oder ſich ſelbſt dafür obligire, ſo ſolle dies durchaus nichts gelten, möge es einmal geſchehen oder mehrmals wiederholt, und möge es eine Privat- oder eine öffentliche Schuld ſein, ſondern es ſolle ſo gehalten werden, wie wenn nichts geſchrieben ſei, es müßte denn klar erwieſen werden, daß das Geld in der Frau eignen Nutzen verwandt ſei; vgl. auch *Athanas. Scholast.* Nov. Just. tit. IV. const. 22. (in *Heimbach*, Anecd. I. p. 63: „Etiamsi saepenumero mulier viro mutuam pecuniam accipienti consentiat,

vel se ipsam et res suas pro eo supponat, non tenetur, nisi liquido demonstratum sit, mutuam pecuniam in ejus rem esse versam[c]), *Theodor. Hermopol.*, Nov. Just. nov. 134. nr. 20. (in *Zachariae*, Anecd. p. 147: „Si mulier, quum vir ejus mutuam pecuniam sumat, consentiat et bona sua obliget, non tenetur, licet id saepius in eodem contractu fecerit, nisi forte probetur, pecuniam creditam in rem ejus versam esse[c]). Hiernach soll also die Interzession einer Ehefrau für ihren Ehemann stets null und nichtig sein, so daß von einer exc. SC. Vell. selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn auch die Formen der l. 23. C. h. t. gewahrt sind. Zur schärferen Einsicht in dies neue Recht scheinen aber noch folgende Bemerkungen nöthig:

1) Die einzige von Justinian zugelassene Ausnahme muß so aufgefaßt werden, daß sogleich bei der vom Manne kontrahirten Schuld die Verwendung zum Nutzen der Frau beabsichtigt, und auch nachher wirklich geschehen sei. In diesem Falle ist nun aber gar keine wahre Interzession im Sinne des *SC. Vellej.* vorhanden, weil ja unter jenen Voraussetzungen die Frau ihr eignes Geschäft führt (s. oben S. 147 fgg.), und da nun doch der Kaiser gerade diesen Fall als den einzigen ausnimmt, so muß daraus gefolgert werden, daß im Uebrigen selbst solche Interzessionen unter das Verbot der Auth. fallen, welche im Geiste des SC. Vellej. gar nicht als eigentliche Interzessionen gelten, nämlich eben die Interzessionen, durch welche die Frau ihre eignen Geschäfte führt, und die Interzessionen, welche animo donandi abgeschlossen werden. Das Erstre wird namentlich von Wichtigkeit, wenn die Ehefrau etwas für ihre Verbürgung erhalten hat, in welchem Falle diese dennoch nichtig ist. Und auch das Zweite, daß nämlich auch die animo donandi vorgenommene Interzession unter die Nichtigkeits-Erklärung der Auth. falle, ist nicht ohne alle Bedeutung, obwohl man freilich glauben könnte, daß solche Interzessionen schon aus andrem Grunde, nämlich wegen des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, nichtig sein müßten. Träfe aber blos dieser letztre Ungiltigkeitsgrund ein, so würden doch solche Interzessionen nicht selten in Folge der bekannten oratio Severi konvalesziren, während dies jetzt wegen der durch die Auth. Si qua mulier begründeten Nullität nicht angenommen werden darf. — Das Resultat ist also: daß alle Interzessionen einer Ehefrau für ihren Ehemann, selbst solche, die gar nicht in die Sphäre des SC. Vellej. fallen, in Gemäßheit der neuen Justinianischen Vorschrift nichtig sind, und es rechtfertigt sich dies auch aus innern Gründen vollständig, da augenscheinlich bei Ehefrauen noch ganz besondre Rücksichten eintreten, die ein weiter gehendes Interzessions-Verbot gerade bei ihnen als sehr heilsam erscheinen lassen. Nur die eine Ausnahme läßt Justinian zu, wenn das Geschäft, bei welchem die Frau interzedirt, zu deren eignem Nutzen abgeschlossen ist, und in diesem Ausnahmsfall muß gewiß die Interzession selbst dann für gültig gehalten werden, wenn sie nicht in der Form der l. 23. C. h. t. abgeschlossen ist. Die abweichende Meinung Vieler, vgl. z. B. Thibaut §. 607, Wening §. 358. u. A. m. ist darum zu verwerfen, weil, wie wir oben (S. 158) sahen, diese Form überhaupt dann nicht in Betracht kommt, wenn die Frau ihr eignes Geschäft führt, und die Ehefrau in dieser einen Beziehung jeder andern Interzedentin gleichgestellt ist.

2) Wie jede Interzeſſion unter die Vorſchrift der Auth. fällt, ſo iſt dies aber auf der andern Seite auch nur bei wirklichen Interzeſſionen einer Ehefrau der Fall, und wo einem Rechtsgeſchäfte dieſer Charakter überhaupt abgeſprochen werden muß, da kann auch von der Anwendung der Auth. keine Rede ſein. Daraus folgt:

a) Wenn das von der Ehefrau abgeſchloſſene Geſchäft derartig iſt, daß daſſelbe nur erſt durch die Kolluſion des Gläubigers zu einer Interzeſſion wird, der Gläubiger aber von dieſen ſpeziellen Umſtänden keine Kenntniß hat, ſo kann die Vorſchrift der Auth. nicht angewendet werden, aus ganz ähnlichen Gründen, aus denen wir in der vorigen Anm. zu Nr. 2. (S. 158) auch die Anwendbarkeit der l. 23. C. h. t. in Abrede ſtellen mußten.

b) Namentlich muß nach dieſem Grundſatze auch die, ſelbſt h. z. T. noch ſehr beſtrittene Frage entſchieden werden, ob dann, wenn Mann und Frau zuſammen einen Darlehnskontrakt ſchließen, und eine gemeinſchaftliche Urkunde darüber aufſtellen, die Auth. Si qua mulier anwendbar ſei? vgl. über die Literatur dieſer Streitfrage Spangenberg in der Gießer Zeitſchr. Bd. II. Nr. 2. S. 47 fgg. (welcher ſich ſelbſt für die Anwendbarkeit ausſpricht), und Hofmann ebendaſ. Bd. XIV. Nr. 10. S. 266 fgg. (welcher ſelbſt die verneinende Meinung vertheidigt). Meines Erachtens kann von der Anwendbarkeit der Auth. in dieſem Falle keine Rede ſein, wenn nicht etwa die von dem Gläubiger belangte Frau den Beweis zu führen im Stande iſt, daß ungeachtet der gemeinſchaftlich ausgeſtellten Urkunde das Geſchäft doch in der That nur für ihren Mann abgeſchloſſen, und dies auch dem Gläubiger wohl bekannt geweſen ſei. Diejenigen, welche die umgekehrte Meinung vertheidigen, und die Frau von aller Verbindlichkeit losſprechen, wenn nicht der Gläubiger den Beweis führe, daß das aufgenommene Geld auch wirklich zum Nutzen der Frau verwendet ſei, verkehren offenbar eine bloſe praesumtio hominis in eine praesumtio juris. Dazu berechtigt aber die Nov. 134. c. 8. nicht, indem dort, wie der Augenſchein lehrt, nur von dem Falle die Rede iſt, wenn die Frau einem vom Manne abgeſchloſſenen Darlehns-Geſchäfte beitritt, und die darüber aufgenommene Urkunde nur als Interzedentin unterzeichnet, vgl. auch die oben mitgetheilten Stellen des Athanas. Scholast. und ſ. *Julian*, Epit. const. 125: „Mulierem, licet pro marito in privato aut publico debito *intercedat*, non teneri, nisi manifeste probetur, quod pecunia in propria ejus utilitate expensa est“; vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 381 fgg., Buſch im ziv. Arch. XXXI. S. 25 fgg. — Hätten Frau und Mann gemeinſam ein Darlehn aufgenommen, und ſich in der Urkunde als Korrealſchuldner verpflichtet, dann erſcheint freilich dieſe Uebernahme einer Korreal-Obligation als eine nichtige Interzeſſion der Frau, und ſie darf blos auf die Hälfte belangt werden, wenn nicht der Gläubiger darthun kann, daß doch wirklich gerade der Ehefrau das ganze vorgeſchoſſene Geld zu Gute gekommen ſei, vgl. auch l. 17. §. 2. h. t.

3) Wenn Manche behaupten, daß die Nichtigkeits-Erklärung der Auth. ſich nicht auf die in Anm. 1. zuſammengeſtellten Ausnahmsfälle vom SC. Vellej. erſtrecke, ſondern in allen den Fällen, in denen eine interzedirende fremde Frau nicht die exceptio SC. Vellej. vorſchützen könne, auch die interzedirende Ehefrau

wirksam verpflichtet sei, vgl. *Böhmer* cit. c. III. §. 6. 7. (in Exercitt. cit. p. 409 sqq.) und *Windscheid* l. c. §. 9. p. 52 sqq., so ist diese Behauptung hier noch viel grundloser, als die ähnliche in Betreff der l. 23. §. 2. C. h. t., wovon in der vorigen Anm. die Rede war. Erwägt man, daß Justinian ganz unbedingt und unbeschränkt jede Interzession der Ehefrau für ihren Mann für nichtig erklärt, möge sie nach zwei Jahren wiederholt sein, oder nicht, möge darüber eine Privat- oder eine öffentliche Urkunde errichtet sein, und wie er dann von dieser Vorschrift gerade nur eine einzige Ausnahme zuläßt: so muß es fast unbegreiflich erscheinen, wie jene Ansicht hat entstehen können, und wir dürfen uns nicht wundern, daß sie von jeher nur sehr wenige Vertheidiger gefunden hat. Das muß freilich auch hier, ähnlich wie bei l. 23. C. h. t. (s. Anm. 2. Nr. 3), zugestanden werden, daß durch die Auth. nur die Rechtsmittel aus der Interzession für unstatthaft erklärt werden, daß aber allerdings die actio de dolo und ähnliche unbedenklich zulässig sind.

4) Von selbst versteht es sich, daß nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts die eidliche Interzession einer Ehefrau ungeachtet der Nov. 134. c. 8. unbedingt bindend ist, während ein Verzicht auf das s. g. beneficium Auth. Si qua mulier hier eben so unstatthaft erscheinen muß, als ein Verzicht auf das s. g. benef. l. 23. C. ad SC. Vell. Dies wird auch von der Praxis anerkannt, und nur eine eidliche Entsagung wird hier zugelassen, vgl. die bei *Böhmer* cit. c. III. §. 8. not. II. (in Exercc. p. 414) und bei Glück XV. S. 47. Angeff., welche Modifikation sich denn auch insofern einigermaßen rechtfertigen läßt, weil im Grunde ein solcher eidlicher Verzicht nichts Andres, als eine eidliche Abschließung einer Interzession ist.

5) Es bedarf keiner besondren Ausführung, daß die Auth. Si qua mulier ohne Anwendung bleiben muß, wenn eine Wittwe für Schulden ihres verstorbenen Ehemanns interzedirt, indem nicht nur die Worte der Novelle eine zur Zeit der Interzession noch bestehende Ehe voraussetzen, sondern auch der Grund der Justinianischen Neuerung nur auf diesen Fall paßt. Eben so versteht es sich aber freilich auf der andern Seite von selbst, daß doch hier allerdings immer eine Interzession vorliegt, und also, wenn auch die speziellen Vorschriften der Nov. 134. c. 8. nicht anwendbar sind, doch die sonstigen gesetzlichen Prinzipien über Interzession der Frauen Platz greifen müssen. Doch sind auch diese Sätze bestritten! vgl. Glück XV. S. 49 fgg. und die dort zahlreich Angeff.

V. Von den Wirkungen der obligatio.

1) Von der Verbindlichkeit des Schuldners zur Zahlung.

Dig. XLVI. 3, Cod. VIII. 43. de solutionibus et liberationibus. — Koch II. S. 558 fgg., Unterholzner I. S. 460 fgg., *Molitor* III. p. 195 sqq.

A) Voraussetzungen der Zahlung.

a) In Betreff der Subjekte. §. 582.

Anm. 1. Es ist streitig, ob und inwiefern der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers befreit werde? Während Manche so weit gehen, daß sie in solchem Falle ganz unbedingt eine Befreiung annehmen, selbst, wenn der eigentliche Gläubiger die Zahlung an seinen Gläubiger bestimmt verboten hat, vgl. z. B. *Leyser*, Medit. ad Pand. spec. 528. med. 3, hat umgekehrt Müller im ziv. Arch. XV. S. 263 fgg. ausführlich den Lehrsatz vertheidigt, der Schuldner werde nur dann durch Zahlung an den creditor creditoris befreit, wenn der Gläubiger seine Einwilligung zu der Zahlung vorher gebe, oder nachher durch Ratihabition ausspreche, oder die Ratihabition dolo malo also in einem Falle verweigere, wo er den Schuldner arglistiger Weise veranlaßt habe, an seinen Gläubiger zu zahlen, und also der Schuldner opera creditoris sein Geld verlieren würde. Man kann keiner dieser beiden Theorieen beistimmen. So viel ist freilich unleugbar, daß durch eine Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers eine unmittelbare Liberirung nur dann bewirkt werden kann, wenn der eigentliche Kreditor seine Zustimmung dazu gegeben hat. Eine mittelbare Befreiung kann aber weder mit Leyser allgemein, noch auch mit Müller blos im Falle arglistig verweigerter Ratihabition angenommen werden, sondern es muß darüber der einfache Grundsatz entscheiden: wenn der Schuldner dadurch, daß er eine Schuld seines Gläubigers abträgt, als negotiorum gestor desselben erscheint, und folglich Ansprüche erhält, die er allenfalls auch mit der actio negotiorum gestorum geltend machen könnte, so kann er begreiflich diese Ansprüche auch auf dem Wege der Kompensation durchsetzen, und so mittelbar seine Liberirung erwirken. Alles muß also demgemäß nach den Grundsätzen der negotiorum gestio bemessen werden, und darnach versteht es sich von selbst, daß dann, wenn der eigentliche Gläubiger eine solche Zahlung verboten hat, oder wenn gar kein Nutzen für denselben daraus ersichtlich ist — wie namentlich, wenn derselbe seinem Gläubiger nur naturaliter haftete, — von einer Befreiung keine Rede sein kann, daß aber abgesehen hiervon dieselbe stets eintreten muß, wenn auch nicht gerade der Gläubiger den Schuldner arglistig zur Zahlung an seinen Gläubiger verlockte. Mit diesem, aus allgemeinen Prinzipien sich von selbst ergebenden Resultate stimmen denn auch vollkommen die beiden Gesetze überein, die unsres Wissens allein die vorliegende Frage unmittelbar berühren, nämlich die von Müller übersehene l. 11. §. 5. de pignor. act. (13, 7), und die von diesem Schriftsteller viel zu eng aufgefaßte l. 6. de doli mali et met. exc. (44, 4). Vgl. auch Fritz, Erl. zu Wening Bd. II. S. 383. — Wenn jetzt Sintenis II. §. 103. Anm. 75. die Meinung Leyser's wieder vertheidigt, und zwar besonders mit Berufung auf l. 28. de solut. (wornach der Schuldner liberirt wird, welcher an den Protutor zahlte, „si pecunia in rem pupilli pervenit"), und auf l. 34. §. 9. eod. (wornach Liberirung eintritt, „si praedo id, quod a debitoribus hereditariis exegerat,

petenti hereditatem restituerit"), vgl. auch l. 31. §. 5. de her. pet. (5, 3): so kann aus diesen Stellen doch gewiß nicht, wie Sintenis will, gefolgert werden, daß der Schuldner immer dann eine exceptio doli habe, wenn das von ihm an einen Dritten Gezahlte dem Gläubiger irgend wie zu Gute gekommen sei, sondern offenbar ist da nur gesagt, daß dann, wenn der Schuldner irrthümlich an einen Andren, als den wahren Gläubiger Zahlung geleistet, und dieser Andre das Empfangene als vom Schuldner gezahlt an den Gläubiger herausgegeben hat, dies ganz dieselbe Wirkung haben soll, wie wenn der Schuldner unmittelbar an den wahren Gläubiger gezahlt hätte; s. auch l. 61. eod. Daß aus diesem ganz unbedenklichen und mit allgemeinen Prinzipien völlig übereinstimmenden Satze die Leyser'sche Meinung keinerlei Unterlage, und am wenigsten „eine über allen Zweifel erhabene" gewinnen kann, bedarf wohl keiner besondren Ausführung; vgl. auch Busch im ziv. Arch. XXXI. S. 12 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 342. Anm. 42.

Anm. 2. Wenn in einem Obligations-Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen noch eine dritte Person in der Art zugefügt wird, daß an sie ebenfalls die Zahlung geschehen könne, so nennt man diese dritte Person ***adjectus*** oder ***solutionis causa adjectus***, und ein solches Verhältniß wird schon dann angenommen, wenn sich Jemand „für sich oder einen Anderen" etwas versprechen läßt („mihi aut Titio centum dare spondes?"). Beachtet man hier den Hauptgrundsatz, daß aus einem Vertrage zwischen zwei bestimmten Personen ein Dritter kein Forderungsrecht gewinnen kann, unter den Kontrahenten selbst aber ein Vertrag, durch welchen eine Leistung an einen Dritten versprochen wird, dann wirksam ist, wenn dessen Erfüllung für die Kontrahenten ein Interesse hat, so ergibt sich das Rechtsverhältniß des Adjektus von selbst dahin, daß derselbe zwar durchaus kein Forderungsrecht gewinnen kann — denn er hat nicht selbst kontrahirt —, daß aber der Debitor an denselben zu zahlen vollkommen berechtigt ist, und der Gläubiger ihm diese Befugniß auch gar nicht entziehen darf. Es unterscheidet sich also der Adjektus eben so bestimmt von dem bloßen Mandatar — denn das Recht des Schuldners, an diesen zahlen zu dürfen, hört mit dem Verbote des Gläubigers von selbst auf —, als auch, was Thibaut in Braun's Erörtr. S. 115. ganz zu verkennen scheint, auf der andren Seite von dem Adstipulator; denn dieser ist selbst auch Kontrahent, und durch sein Hinzutreten wird im Wesentlichen eine aktive Korreal-Obligation begründet, die sich nur dadurch besonders auszeichnet, und einiger Maßen der adjectio nähert, daß der Adstipulator vermöge des besondern Mandats-Verhältnisses zwischen ihm und dem Stipulator zur Herausgabe des Empfangenen an diesen Letztren verpflichtet ist, Gai. III. 110 sqq. 117 vgl. mit §. 100. — Was nun aber noch das Rechtsverhältniß des Adjektus im Einzelnen anbelangt, und zwar

I. die Voraussetzungen einer giltigen Adjektion, so muß

1) vor Allem die obligatio selbst giltig sein, und namentlich muß ein bestimmtes Subjekt vorhanden sein, welches die Forderung aus der Obligation erwirbt, und daneben dann noch alternativ eine solche andre Person zugefügt werden, die die Forderung nicht erwerben kann. Wenn also beide in der Stipulation alternativ genannten Personen das Forderungsrecht selbst erwerben können,

z. B. wenn ein Sklave sich alternativ für seine beiden Herren etwas versprechen läßt („Titio aut Sempronio X dare spondes?"), so ist die obligatio ungiltig, und von einer adjectio kann keine Rede sein, „nam cum uterque obligationis capax sit, non invenimus, quis adjectus sit, quia non est, qui petere possit", l. 12. de stipul. serv. (45, 3), vgl. l. 9. §. 1, l. 10. 11. 13. 21. eod. Anders aber müssen die Fälle entschieden werden, wenn ein Haussohn sich oder seinem Vater, oder wenn ein Vater sich oder seinem Haussohn etwas versprechen läßt, denn im ersten Falle ist eine obligatio zwar giltig vorhanden, aber von einer adjectio doch nur dann die Rede, wenn das aus dem Vertrage hervorgehende Forderungsrecht zu den selbstständigen Rechten des kontrahirenden Sohnes, z. B. zu dem peculium castrense gehört, l. 95. §. 5. de solut. (46, 3); im zweiten Falle aber ist der Haussohn allerdings Adjektus, l. 95. cit., l. 56. §. 2. de V. O. (45, 1).

2) Besondere Requisite in der Person des Adjektus gibt es nicht, und auch Pupillen, Wahnsinnige u. dgl. können giltig adjizirt werden, und es kann dann solchen Personen wirksam ohne Zuziehung des Tutor oder Kurator gezahlt werden, l. 11. de solut. (46, 3), ja es wird sogar der Schuldner durch die Zahlung an den Vormund in einem solchen Falle nur dann befreit, wenn eine in rem versio in das Vermögen des Pupillen oder Wahnsinnigen nachgewiesen werden kann, l. 95. §. 7. eod.

3) In Betreff des Objekts wird natürlich vorausgesetzt, daß dasselbe von der Art sei, daß dabei auf die Person des Empfängers nichts ankommt, vgl. z. B. l. 10. §. 1, l. 12. de operis libert. (38, 1). Doch kann auch für den Adjektus ausdrücklich ein anderes Objekt bestimmt werden, und wenn dies freilich auch zivilrechtlich nicht anging, l. 44. §. 4. de O. et A. (44, 7), l. 141. §. 5. de V. O. (45, 1), so wird doch der Schuldner, welcher dieses andre Objekt an den Adjektus leistet, ope exceptionis geschützt, l. 141. cit., l. 34. §. 2, l. 98. §. 6. de solut. Wenn für den Kreditor und den Adjektus ein verschiedenes Quantum bestimmt ist, so muß der Debitor, wenn für den Adjektus weniger ausgesetzt ist, doch der vermuthlichen Absicht des Kontrahenten gemäß das Plus noch an den Kreditor nachzahlen, während er im umgekehrten Falle zwar durch die Leistung des Wenigeren an den Kreditor selbst vollkommen liberirt wird, will er aber dem Adjektus zahlen, diesem das Plus zu leisten verbunden ist, l. 98. §. 5. de solut.

4) Daß auch Nebenbestimmungen der adjectio giltig hinzugefügt werden können, versteht sich von selbst, und namentlich ist dies der Fall mit Bedingungen, l. 141. §. 7 sqq. de V. O., l. 98. §. 4. de solut., Tagesbestimmungen, l. 98. §. 4. cit., l. 141. §. 6. de V. O. — in welchem Falle gerade an dem bestimmten Tage, nicht früher und nicht später, an den Adjektus gezahlt werden muß —, und Ortsbestimmungen, l. 98. §. 6. de solut., in welchem Falle der Kreditor, wenn mit Bewilligung des Adjektus doch an einem andren Orte geleistet worden ist, entweder eine nochmalige Leistung fordern kann, wenn die Prästation durch die Ortsveränderung selbst eine andre wird, oder doch das interesse loci in andren Fällen, l. 2. §. 7. de eo, quod certo loco (13, 4).

II. Was die Wirkungen einer gültig geschehenen adjectio anbelangt, und zwar

1) das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner, so hat hier, wenn nicht etwas Andres ausdrücklich verabredet wurde, l. 118. §. 2. de V. O., der Schuldner, oder der an dessen Statt Verpflichtete, z. B. der de peculio belangte Vater, l. 59. de solut., die freie Befugniß, entweder an den Gläubiger oder an den Adjektus zu zahlen, und es kann ihm dieses Wahlrecht auch nicht durch ein Verbot des Gläubigers entzogen werden, §. 4. J. de inutil. stip. (3, 20), l. 16. pr. de fidej. (46, 1), l. 12. §. 3, l. 106. de solut. Hat er das Letztre in der gehörigen Art gethan, so wird er gerade so ipso jure liberirt, als wenn er dem Gläubiger selbst gezahlt hätte, §. 4. J. cit., l. 59. de solut.

2) Was das Verhältniß des debitor zum adjectus anbelangt, so ist hier der Hauptsatz, daß der Adjektus in gar keinem Obligations-Verhältniß mit dem Schuldner steht. Er kann also nie auf die Leistung klagen, l. 7. §. 1. de pec. const. (13, 5), l. 10. de solut., und es kann ihm weder ein Bürge, l. 23. de fidej. (46, 1), noch ein Pfand bestellt werden, l. 23. de pignor. (20, 1), was sich von selbst versteht, da ja in seiner Person keine Prinzipal-Obligation begründet ist. Eben so geht daraus auch von selbst hervor, daß der Adjektus über die an ihn zu machende Leistung schlechthin nicht disponiren darf, und er kann also keine Novation, l. 10. de novat. (46, 2), l. 10. de solut., keine Acceptilation, l. 10. de solut., kein Konstitutum über sie eingehen, l. 7. §. 1. de const. pec. (13, 5), er kann nicht mit ihr kompensiren u. dgl. m. Das ganze Verhältniß beschränkt sich also darauf, daß der Schuldner das Recht hat, sich durch Zahlung an den Adjektus vollständig zu liberiren, wobei er aber doch streng an die Person gebunden ist, so daß er also nicht etwa durch Zahlung an die Erben des adjectus, l. 55. de V. O., l. 81. pr. de solut., ja nicht einmal unbedingt durch Zahlung an die Vormünder desselben (s. oben bei I. 2) von seiner Obligation befreit wird.

3) Was endlich noch das Verhältniß des Kreditor und des Adjektus zu einander anbelangt, so bestimmt sich dies einfach dahin, daß der Kreditor das dem Adjektus Gezahlte mit der actio mandati von demselben abfordern kann, §. 4. J. de inut. stip. (3, 20), l. 131. §. 1. de V. O., l. 98. §. 5. fin. de solut. Hierbei ist es auch nicht nöthig, daß ein Mandatsgeschäft ausdrücklich zwischen ihnen abgeschlossen wird, denn in der adjectio selbst liegt schon ein Auftrag von Seiten des Kreditor, und in der Annahme der Zahlung liegt die Acceptation dieses Auftrags.

III. Das Verhältniß des adjectus hört nicht nur dadurch auf, daß die obligatio selbst auf irgend eine Art erlöscht, sondern auch durch Litiskontestation mit dem Kreditor, l. 16. pr. de fidej., l. 57. §. 1. de solut., durch den Tod des adjectus, l. 81. pr. eod., durch Ablauf des für die Zahlung an den adjectus festgesetzten Tags, und durch eine solche Veränderung in der rechtlichen Lage des adjectus, daß dadurch dem Kreditor die Verfolgung seiner rechtlichen Ansprüche gegen den Adjektus erschwert würde, wie z. B. wenn sich derselbe arrogiren ließe, vgl. l. 56. §. 2. de V. O. mit l. 38. pr., l. 95. §. 6. de solut. —

Ueber das Ganze vgl. *Donell.*, comm. j. c. lib. XVI. c. 10. §. 31 sqq., *Rudelius*, de adjecto. Altd. 1692, *Majans.*, de adjecto solut. gratia; in deſſen disput. jur. tom. I. nr. 8, und beſonders Brandis im Rhein. Muſ. Bd. V. S. 257 fgg.; ſ. auch Fritz, Erl. zu Wening II. S. 384 fgg., Sintenis II. §. 103. Not. 51 fgg.

Noch mag hier eine Schlußbemerkung Platz finden. Wir haben bisher den Vertrag: spondesne mihi aut Titio dare? ſo aufgefaßt, daß der Titius als Adjektus erſcheint. Es wird jedoch in den Quellen noch eine andre Auslegung als möglich erwähnt, daß nämlich ein ſolcher Vertrag als ein bedingter anzuſehen ſei, ſo wie wenn geſagt wäre: spondesne mihi dare, si Titio non dederis, vgl. l. 141. §. 6. de V. O., l. 98. §. 5. de solut. Daß dann, wenn eine ſolche Auslegung angenommen werden darf, ganz andre Reſultate zum Vorſchein kommen müſſen, leuchtet von ſelbſt ein, und ſo muß z. E. um nur ein Beiſpiel ſtatt aller anzuführen, bei der Stipulation: spondesne mihi decem, aut Titio quinque dare? nach dieſer Auslegnng der Schuldner durch die Zahlung von fünf an den Titius vollkommen liberirt werden, was ſich anders verhält, wenn man den Titius als Adjektus anſieht, l. 98. §. 5. cit. Es wird aber ausdrücklich in den Quellen bemerkt, und geht auch ſchon aus der Natur der Sache hervor, daß dieſe anderweite Interpretation durchaus nur dann angenommen werden darf, wenn in einem konkreten Falle aus ſpeziellen Gründen die Abſicht der Paziſzenten, einen bedingten Vertrag abſchließen zu wollen, erwieſen werden kann, l. 98. §. 5. cit., vgl. Brandis a. a. O. S. 260. S. 282 fgg. S. 287.

b) In Betreff des Gegenſtandes. §. 583.

Anm. 1. Wenn auch eine Obligation der Strenge nach durch Zahlung nur dann getilgt wird, wenn gerade die obligationsmäßige Leiſtung gemacht wird, ſo iſt es doch höchſt natürlich, daß dann, wenn der Gläubiger einwilligt (pr. J. quibmod. toll. obl. (3, 29), l. 2. §. 1. de reb. cred. (12, 1), l. 16. C. de solut. (8, 43)), auch eine anderweite Leiſtung ſubſtituirt werden kann, und dies iſt die techniſch ſ. g. datio in solutum, vgl. darüber jetzt beſ. Römer, die Leiſtung an Zahlungsſtatt. Tüb. 1866. Es ſind dabei folgende Hauptpunkte in's Auge zu faſſen:

1) Die datio in sol. iſt ein direkt auf Aufhebung der obligatio gerichtetes Rechtsgeſchäft, eben ſo, wie die eigentliche Zahlung, und nach der herrſchend gewordenen Meinung der Sabinianer (Gai. III. 168) wird dadurch auch, gerade wie durch Zahlung, die obligatio *ipso jure* getilgt, l. 26. §. 4. de cond. indeb. (12, 6), l. 1. §. 5. de pec. const. (13, 5), l. 17. C. h. t. (8, 43), pr. J. quib. mod. toll. obl. (3, 29). Die verkünſtelten Konſtruktionen, wornach in der datio in solutum principaliter ein zweiſeitiger obligatoriſcher Vertrag enthalten ſei (nach Verſchiedenheit der Fälle Kauf, Tauſch, anderweiter Innominatkontrakt, Dienſtmiethe), und nur mittelbar die Liberirung daraus hervorgehe, bedürfen m. E. kaum einer ernſtlichen Widerlegung, vgl. dagegen

Römer S. 4 fgg. Allerdings wird öfter die Leiſtung an Zahlungsſtatt, namentlich dann, wenn eine Sache zur Tilgung einer Geldſchuld gegeben wird, mit dem Kaufgeſchäft verglichen, vgl. z. B. l. 24. pr. de pign. act. (13, 7), l. 15. quib. ex caus. in poss. (42, 4), l. 4. §. 31. de doli mali exc. (44, 4), l. 4. C. de evict. (8, 45), und dieſe Vergleichung iſt auch nicht unfruchtbar, z. B. in Betreff der Eviktionsleiſtung (vgl. unten Nr. 5), aber nirgends in den Quellen wird geſagt, daß die datio in sol. ein Kaufgeſchäft ſei.

2) Weſentliche Vorausſetzung für die liberatoriſche Wirkung der datio in solutum iſt, daß die Leiſtung auch wirklich in der vereinbarten Weiſe erfolgt iſt, und daraus folgt, daß, wenn die an Zahlungsſtatt hingegebene Sache dem Gläubiger evinzirt wird, die ganze datio in sol. wirkungslos iſt, und die Schuld mit allen Acceſſionen noch fortbeſteht, l. 46. pr. §. 1. de solut. (46, 3):

> *Marcian.* Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, *manet pristina obligatio*, et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat, nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. (§. 1). Sed et si duos fundos v. g. pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio; tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, quum pro solido facta est suscipientis;

vgl. auch l. 60. cod. und l. 8. C. de sentent. et interl. (7, 45). Ebenſo bleibt auch die ganze Schuld beſtehen, wenn die an Zahlungsſtatt gegebene Sache den vom Geber zugeſagten Geldwerth nicht hat, l. 46. §. 2. de solut., und unzweifelhaft daſſelbe muß auch dann angenommen werden, wenn der Schuldner beſondre Eigenſchaften der geleiſteten Sache verſprochen hat, und dieſe nicht vorhanden ſind, oder wenn er eine res extra commercium an Zahlungsſtatt gegeben hat.

3) Wenn die Schuld, zu deren Tilgung eine datio in sol. erfolgte, gar nicht exiſtirt, ſondern nur irrthümlich angenommen wird, ſo kann ſelbſtverſtändlich, wie das Gezahlte ſelbſt, ſo auch das an Zahlungsſtatt Gegebene mit der condictio indebiti zurückgefordert werden. Wird die Schuld irrthümlich größer angenommen, als ſie wirklich iſt, ſo iſt zu unterſcheiden, ob eine Spezies oder eine Quantität an Zahlungsſtatt geleiſtet iſt. Im erſtren Falle wird durch die datio in sol. gar keine Liberirung bewirkt, und der Geber fordert die ganze geleiſtete Sache mit der condictio indebiti zurück, wobei jedoch der Gläubiger bis zur Zahlung der Schuld ein Retentionsrecht geltend machen kann, l. 26. § 4. de cond. indeb. (12, 6). Im zweiten Falle dagegen wird allerdings die Schuld getilgt, und der Schuldner kann nur einen entſprechenden Theil der geleiſteten Quantität kondiziren, l. 26. §. 5. 6. eod.

4) Häufig geht der datio in solutum eine Vereinbarung zwiſchen dem Zahlenden und dem Gläubiger voraus. Dieſelbe hat dann meiſtens den Sinn, daß dadurch der Zahlende nur das Recht erhält, Statt der obligationsmäßigen eine anderweite Leiſtung zu ſubſtituiren (facultas alternativa), ein Recht, welches aber dann nur bis zur Litiskonteſtation geltend gemacht werden kann, l. 57. de solut. (46, 3), Römer S. 69 fgg. Allerdings kann aber auch ein Vertrag in der Weiſe vorkommen, daß der Schuldner zu einer anderweiten Leiſtung ver-

pflichtet sein soll. Ist dies mit der ausdrücklich erklärten Absicht verbunden, daß die neubedungene Leistung die ausschließlich zulässige sein solle, so ist eine Novation vorhanden; die Schuld ist dann schon durch den Vertrag, per novationem, getilgt, und die darauf folgende Leistung ist gar keine datio in sol., sondern eine eigentliche Solution der Novations-Obligation. Fehlt es an jenem animus novandi, so ist ein Konstitutum vorhanden, d. h. es sind nun zwei in einem alternativen Verhältniß zu einander stehende Obligationen da, wobei der Gläubiger die Wahl hat, welche der beiden Obligationen er geltend machen will.

5) Es ist schon vorher (bei Nr. 2) bemerkt worden, daß dann, wenn die an Zahlungsstatt gegebene Sache ganz oder theilweise evinzirt wird, die Schuld als gar nicht getilgt erscheint und der Gläubiger also sein altes Forderungsrecht geltend zu machen berechtigt ist. Daneben kommen aber unzweideutige Quellenzeugnisse vor, wornach dem Gläubiger in solchen Eviktionsfällen eine utilis actio emti auf Eviktionsleistung eingeräumt wird, vgl. l. 24. pr. de pign. act. (13, 7), l. 4. C. de evict. (8, 45). Die in der Glosse und von vielen Späteren (vgl. die Zitate bei Glück XX. S. 191. Not. 73. und bei Römer S. 42 fg. Not. 11—13. und Not. 19) angenommene Unterscheidung, daß die letztren Stellen auf den Fall zu beschränken seien, wenn für eine Geldschuld eine Sache in solutum gegeben sei, weil hier ein Kaufgeschäft zu Grunde liege, während in allen übrigen Fällen der Gläubiger auf die Geltendmachung seiner ursprünglichen Forderung beschränkt sei: diese Unterscheidung, sage ich, hat weder innere Gründe für sich, noch entspricht sie dem Wortlaut der Quellen; und in noch höherem Grade ist dies mit der von Schliemann, Haftung des Zedenten S. 46 fgg. vertheidigten Unterscheidung der Fall, wornach die Klage auf Eviktionsleistung auf den Fall beschränkt sei, wenn der Schuldner zur datio in solutum verpflichtet sei, während wenn er nur ein Recht dazu habe, der Gläubiger nur seine ursprüngliche Klage anstellen könne. Da nun auch die Annahme einer Antinomie (wie z. B. Dernburg, Pfandr. II. S. 246 fg. will) jedenfalls nur im Nothfall zulässig ist, so hat sich die herrschende Lehre mit gutem Rechte dahin entschieden, daß der Gläubiger, welchem die an Zahlungsstatt empfangene Sache ganz oder theilweise evinzirt ist, stets die Wahl hat, ob er die utilis emti actio auf Eviktionsleistung anstellen, oder sein ursprüngliches Forderungsrecht realisiren will, vgl. Glück XX. S. 190 fgg. und die dort in Not. 74. Zitt., Bekker in sein. Jahrb. VI. S. 240 fgg., Römer a. a. O. S. 38 fgg. — Puchta, Lehrb. §. 240, Sintenis II. §. 90. Not. 10, Windscheid, Lehrb. II. §. 342. Not. 14. Ganz dasselbe gilt natürlich auch dann, wenn eine Forderung, welche gar nicht. vorhanden oder durch Exzeption entkräftbar ist, an Zahlungsstatt zedirt ist; auch hier hat der Gläubiger die Wahl, ob er sein ursprüngliches Forderungsrecht realisiren, oder Interesse-Ansprüche gegen den Zedenten geltend machen will, Römer S. 98 fgg. Erfolgte die Hingabe an Zahlungsstatt durch Delegation, so können diese Grundsätze begreiflich nur dann Anwendung finden, wenn der Delegat Einreden aus seinem Schuldverhältniß mit dem Deleganten dem Delegatar entgegensetzen darf, was keineswegs allgemein der Fall ist; vgl. darüber unten §. 619. Anm. 3.

6) Ob dann, wenn sich an der an Zahlungsstatt hingegebenen Sache heimliche Mängel vorfinden, die Aedilitischen Klagen zulässig seien, ist zweifelhaft. Da die Gesetze dieselben blos beim Kauf und Tausch erwähnen, so wollen nicht Wenige streng dabei stehen bleiben; die Meisten lassen dieselben jedoch auch bei der datio in sol. zu, vgl. Römer S. 114 fgg. und die dort in Not. 1. Zitt., und dieser Meinung muß man wohl auch wegen der in den Quellen so entschieden betonten Aehnlichkeit dieses Geschäfts mit dem Kaufe unbedenklich zustimmen. (Ueber den besondren Fall, wenn die Vereinbarung dahin ging, eine Sache *in genere* an Zahlungsstatt zu geben und die hingegebene Sache an heimlichen Fehler leidet, vgl. Römer S. 118 fgg.). Wenn eine Forderung an Zahlungsstatt zedirt, und dieselbe, etwa wegen Insolvenz des Schuldners, faktisch nicht realisirbar ist, so haftet — abgesehen natürlich vom Falle eines dolus oder eines besondren Versprechens — dafür der Zedent nicht, und zwar entscheidet auch hier die Analogie des Kaufs, l. 4. de her. vend. (18, 4), l. 74. §. 3. de evict. (21, 2). Wenn Schliemann a. a. O. S. 57 fgg. diese Analogie nur in dem Falle zugeben will, wenn der Schuldner zu einer datio in sol. verpflichtet sei, und in dem andren Falle, wenn er nur ein Recht dazu habe, ihn doch auch für die faktische Realisirbarkeit der Forderung haften lassen will, so ist dies nur eine weitere Konsequenz eines falschen Grundsatzes (s. oben bei Nr. 5), vgl. auch dagegen Römer S. 125 fgg. Natürlich findet aber unsre Regel dann keine Anwendung, wenn gar keine wahre Zession an Zahlungsstatt, sondern, wie Thöl, Handelsr. I. §. 120. es nennt, eine Zession „zahlungshalber" vorgenommen ist, d. h. wenn nach der Absicht der Kontrahenten die Schuld gar nicht durch die Zession gedeckt werden, sondern der Gläubiger vielmehr sich durch das, was er vom debitor cessus einkassirt, bezahlt machen soll, denn in diesem Falle muß der Zedent selbstverständlich auch für faktische Realisirbarkeit, und zwar selbst für die Zeit nach der Zession, einstehen. — Geschah die Leistung an Zahlungsstatt durch Delegation, so verhält es sich in Betreff unsrer Frage ganz eben so, wie im Falle der Zession; vgl. auch l. 26. §. 2. mand. (17, 1), l. 18. de fidej. (46, 1). —

Ueber das s. g. *beneficium dationis in solutum* (Nov. 4. c. 3, J. R. A. §. 172) vgl. Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 230 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtsler. I. S. 884 fgg., Römer a. a. O. S. 162 fgg.

Anm. 2. Ueber Stückzahlung s. Gesterding, Ausbeute III. S. 410 fgg., Sintenis II. §. 84. Not. 41, Mommsen, Mora S. 146 fgg., *Daniélopoulo*, des obl. divis. et indiv. p. 2 suiv.; a. M. Savigny I. S. 322. — Ueber das Zahlungsobjekt bei *obligationes faciendi*: Sintenis in Gießer Zeitschr. XI. S. 20 fgg.

Anm. 3. Ueber erzwungenen Nachlaß vgl. *Lauterbach*, in dissertt. acad. I. no. 60, Dabelow, ausführl. Entw. der Lehre vom Konkurs S. 283 fgg. S. 558 fgg., Happel, Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden, Gießen 1799. Abschn. II, v. Berg, jurist. Beobacht. Th. IV. Nr. 25. 26. und 27, Schweppe, Konkurs §. 19 fgg., Heffter im ziv. Arch. X. S. 337 fgg., Spangenberg in der Gießer Zeitschr. VI. S. 226 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. III. 1. VIII. 3, Puchta, Konkursproz. S. 440 fgg., Bayer, Theorie

des Konkursproz. §. 38 fgg., Fuchs, Konkursverfahren S. 80 fgg. — Einige Schwierigkeit hierbei macht l. 58. §. 1. mandati (17, 1):

> *Paulus.* „Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore majore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant absente eo creditore, apud quem mandator extiterat; quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur justa ex causa, eaque exceptio et fidejussori danda esset et mandatori. Sed quum proponas, eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum praetoris; nec enim, si quis dixerit, summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestiturus est. Plane, si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est, sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem".

Paulus behandelt hier die Frage, ob, wenn durch die Majorität der Gläubiger ein Nachlaß bewilligt worden ist, der Mandator oder Bürge sich eben so, wie der Hauptschuldner darauf berufen dürfe? Für den Fall, wenn der Gläubiger, welchem der Bürge bestellt ist, bei den Verhandlungen gegenwärtig war und in den Nachlaß eingewilligt hat, wird die Frage unbedenklich bejaht. Anders aber verhalte es sich, wenn jener Gläubiger nicht gegenwärtig gewesen sei, denn in diesem Falle könne ihm sein Wahlrecht — entweder den Schuldner oder den Bürgen anzugreifen, — eben so wenig entzogen werden, wie ein Pfand oder Privilegium, denn auch, wenn er gegenwärtig gewesen wäre, habe er ja darauf provoziren, und das Dekret des Prätor sich verbitten können. Der mögliche Einwand, daß durch diese Entscheidung das Interesse des Schuldners gefährdet werde, weil der Bürge, welcher das Ganze an den Gläubiger zahlen müsse, auch seine Regreßklage gegen den Schuldner auf das Ganze richten werde, und dieser also mittelbar doch den Betrag der ganzen Forderung entrichten müsse, sei aber darum unhaltbar, weil natürlich, auch wenn der Bürge das Ganze geleistet habe, seine Regreßklage doch nur bis zum akkordirten Theile zugelassen werden könne, so daß also, wenn man den Bürgen nur blos bis zu diesem Theile haften lassen wollte, dadurch nicht für den Schuldner, sondern nur für den Bürgen ein Vortheil erwachsen würde. Habe freilich der Gläubiger von dem Schuldner selbst das eingetrieben, was dieser in Gemäßheit des Majoritäts-Beschlusses zu leisten habe, so könne er nun allerdings den Rest nicht mehr vom Bürgen fordern, indem man aus jenem Schritte des Gläubigers folgern müsse, daß er sich nachträglich dem Nachlaßvertrage habe anschließen wollen. So weit Paulus, dessen Entwicklung zu folgenden einfachen Ergebnissen hinführt:

1) Wenn der Gläubiger selbst in den Nachlaß eingewilligt hat, sei es von Anfang an, oder sei es, daß er nachträglich demselben hinzutrat, so kann

ihm der Bürge eben so gut, wie der Hauptschuldner die exceptio pacti entgegen setzen.

2) Wenn der Gläubiger sich sein Recht, den Bürgen belangen zu dürfen, vorbehalten hat, so verbleibt ihm dasselbe auch trotz des Nachlaßvertrags. Natürlich aber muß auch ganz dasselbe gelten, wenn er überhaupt gegen den Nachlaß stimmte, aber durch die Majorität überwunden wird, denn daß in diesem Dissens sich sein Wille ausspricht, sein ganzes Recht ungeschmälert zu erhalten, leuchtet von selbst ein.

3) Wenn der Gläubiger bei den Verhandlungen gar nicht gegenwärtig war, so wird er wie ein solcher angesehen, welcher dissentirt hat, aber überstimmt worden ist, d. h. er muß sich zwar von dem Schuldner selbst, aber nicht auch von dem Bürgen, die exceptio pacti gefallen lassen.

An diesen Grundsätzen ist auch sicher durch das Justinianische beneficium excussionis nichts weiter geändert worden, als daß jetzt der dissentirende oder abwesende Gläubiger sich immer zuerst gegen den Hauptschuldner wenden, und von diesem den durch die Majorität bestimmten Theil abholen muß, dann aber doch unbedenklich den Rest von den Bürgen abfordern darf, denn daß jetzt in jener nothwendigen Vorausklage kein Beitritt zu dem Nachlaß mehr gefunden werden kann, und daß also die Schlußbemerkung von Paulus in l. 58. cit. jetzt nicht mehr paßt, versteht sich von selbst. Vgl. auch v. Berg a. a. O. Nr. 26. —

Es zieht aber die l. 58. cit. auch noch von einer andern Seite unsre Aufmerksamkeit auf sich. Paulus vergleicht da nämlich den Fall, wenn eine Forderung durch Bürgschaft gesichert ist, mit dem andren, wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht oder Privilegium zusteht, und stellt da den Satz auf, daß das Recht des abwesenden Gläubigers, den Bürgen auf das Ganze zu belangen, eben so wenig geleugnet werden dürfe, als die Fortdauer des Pfandrechts oder Privilegiums. Nun ist es zwar allerdings unzweifelhaft, daß das Pfandrecht des Gläubigers durch den von der Majorität erzwungenen Nachlaß nicht angegriffen wird. In Betreff des Privilegiums aber haben wir einen Ausspruch von Ulpian in l. 10. pr. de pact. (2, 14), wornach auch der privilegirte Gläubiger sich dem Majoritäts-Beschluß unterwerfen muß, und also trotz seines Privilegs doch nur den akkordirten Theil von dem Schuldner einheben darf:

> *Ulpian.* „Rescriptum autem D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo, si quidam absentes sint? Num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio et contra absentes. Et repeto, ante formam a D. Marco datam Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt".

Einige nehmen an, daß Ulpian in dieser letztren Stelle nur das Recht vor Marcus darstelle, während Paulus in l. 58. cit. auf das neuere durch Reskripte von Marcus geänderte Recht hinweise, so daß also die l. 10. cit. als ein blos

hiſtoriſches Fragment angeſehen werden müſſe, vgl. *Cujac.* in lib. IV. Quaest. Paul. ad l. 58. cit. (opp. V. p. 987), und dieſer Meinung neigt ſich auch Unterholzner I. S. 496. zu. Meines Erachtens geht aber aus l. 10. cit. deutlich genug hervor, daß Ulpian, indem er den Inhalt des Reſkripts von Pius anführt, nicht die Abſicht hat, ein Stück Rechtsgeſchichte mitzutheilen, ſondern daß er vielmehr der Meinung iſt, daß jenes Reſkript von Pius auch noch nach den von Marcus eingeführten Neuerungen vollkommen anwendbar iſt. Die bei Weitem meiſten Interpreten gelangen deßhalb auch zu dem umgekehrten Reſultate, daß nämlich für das Juſtinianiſche Recht gerade l. 10. cit. als normgebend angeſehen werden müſſe, und die l. 58. cit. wird dann damit entweder ſo vereinigt, daß man unter dem „privilegium“ ein privilegium *pignoris*, oder wohl auch geſetzliche Hypotheken verſteht — eine Auslegung, die ſchon bei den Griechen vorkommt, vgl. Schol. ad Basil. XIV. I. fr. 58. bei Heimb. II. p. 139, und die auch in der Gloſſe ad l. 10. und l. 58. citt. angedeutet wird —, oder ſo, daß man als den Sinn der l. 58. citt. nur den annimmt, daß den privilegirten Gläubigern in Betreff der herabgeſetzten Summe ihr Privilegium verbleibe, *Noodt*, de pact. c. 21, *Vinnius*, de pact. c. 17. num. 8, *Schult.*, Notae ad Dig. ad l. 10. cit. (tom. I. p. 342), Puchta, Pandekten §. 297. Will man auch nicht dieſen Vereinigungs-Verſuchen beiſtimmen — und ſie laſſen in der That ſehr viele Zweifel und Bedenklichkeiten übrig —, ſo muß man doch im Reſultate gewiß einverſtanden ſein, denn die l. 10. cit. iſt m. E. für das Juſtinianiſche Recht ſchon darum vorzuziehen, weil in ihr unſre Frage ex professo entwickelt wird, während in l. 58. cit. davon nur ganz gelegentlich, und in einem Paar vergleichsweiſe hingeworfenen Worten die Rede iſt. —

c) In Betreff des Orts. §. 584.

Dig. XIII. 4. de eo quod certo loco dari oportet, Cod. III. 18. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit. — *Stryk*, de loco solutionis. Hal. 1705. — *Donell.*, ad tit. de eo quod c. l. d. o., in opp. X. p. 1057 sqq., *Magnus*, Rational. et Different. jur. civ. lib. I. c. 14 sqq., in Meerm. thes. III. p. 280 sqq., *A. Faber*, de Errorib. Pragm. dec. XC. et XCI, Glück XIII. S. 301 fgg., Gans, über röm. Obligat. R. S. 70 fgg., Bethm.-Hollweg, Verſ. über einzelne Theile der Theorie des Zivilproz. S. 17 fgg., Fritz zu Wening Bd. II. S. 122 fgg., Unterholzner I. S. 222 fgg., *Molitor* I. p. 420 sqq., Savigny, Syſt. VIII. S. 209 fgg., Oblig. I. S. 508 fgg., Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort. Gieß. 1862. Vgl. auch Wächter, Erörtr. II. S. 57 fgg., Heimbach in Gieß. Zeitſchr. N. F. VI. S. 114 fgg., Sintenis II. §. 92, Windſcheid, Lehrb. II. §. 282.

d) In Betreff der Zeit.

aa) Von der Zeit der Zahlung im Allgemeinen. §. 585.

Unterh. I. S. 224 fgg., Savigny I. S. 516 fgg. Vgl. auch Schaffrath, prakt. Abhh. S. 21 fgg., Arnold, prakt. Erörtr. S. 533 fgg.

bb) Insbesondere.

aaa) Von der temporären Suspension der Zahlung wegen erzwungener Stundung, Moratorien, cessio bonorum. §. 586.

Dig. XLII. 3. de cessione bonorum, Cod. VI. 71. qui bonis cedere possunt. — Ueber erzwungene Stundung und Moratorien: *J. H. Böhmer*, de literis respirat., in Exerc. ad Pand. III. ex. 46. p. 159 sqq., Dabelow, Konkurs S. 151 fgg. S. 500 fgg., Happel, von dem Verfahren, Konkursproz. abzuwenden. Gießen 1799. Abschn. I, Schweppe, Konkurs §. 13 fgg., Mittermaier im ziv. Arch. XVI. 17, Puchta, Konkursproz. S. 218 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV. 3, Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. III. §. 230, Fuchs, Konkursverfahren S. 76 fgg. — Ueber cessio bonorum: Dabelow, Konkurs S. 111 fgg., Schweppe, Konkurs §. 3. 28, Holzschuher a. a. O. §. 232.

bbb) Von dem commodum repraesentationis (interusurium). §. 587.

Fratr. *Becmannorum*, tract. mathem. jurid. de interusurio. Gött. 1784. 4, Schrader, ziv. Abh. Nr. 2, F. Zachariä, über die richtige Berechnungsart des Interusur. Greifswalde 1831, Weiske's Rechtslex. V. S. 636 fgg., Keil, das Interusurium. Jena 1854. Vgl. auch Pachmann in der Oestr. Vierteljahrsschr. I. 2. S. 193 fgg., Petzoldt in der Sächs. Zeitschr. für Gesetzg. und Verw. XIX. S. 481 fgg.

Anm. Wenn Jemand eine Geldsumme an einem bestimmten späteren Termine schuldig ist, und er zahlt statt dessen sogleich, so ist es einleuchtend, daß

daraus für den Schuldner ein Nachtheil, für den Gläubiger aber ein Vortheil erwächst, denn der Erste hätte ja in der Zwischenzeit bis zum Zahlungstermine Zinsen ziehen können, die ihm jetzt entgehen, und der Zweite kann in dieser Zeit das empfangene Geld wirklich verzinslich anlegen, und hat also jedenfalls am Zahlungstage mehr, als er zu fordern hat. Der Betrag eines solchen durch Früherzahlung für den Gläubiger erwachsenden Vortheiles, und resp. des dem Schuldner dadurch zugehenden Nachtheiles ist das Interusurium, das commodum oder incommodum repraesentationis (in der heutigen kaufmännischen Sprache Rabatt oder Diskonto), und es ist eine in mehrfacher Beziehung interessante und praktisch wichtige Frage, wie dieses Interusurium zu berechnen sei?

I. Legt man bei dieser Ermittlung den späteren Fälligkeits-Termin zu Grunde, fragt man also, wieviel zu dieser späteren Zeit der Gläubiger durch die Früherzahlung gewonnen, wieviel der Schuldner verloren habe, so versteht sich die Antwort von selbst, daß das Interusurium die Summe sämmtlicher in der Zwischenzeit gezogener Zinsen beträgt, und die Berechnung kann also nicht die mindeste Schwierigkeit machen. Setzen wir, es wäre Jemand 1000 Fl. am 1. Januar 1868 schuldig; er zahlte aber dieselben schon am 1. Jan. 1866, und es soll nun jetzt, nachdem der Fälligkeits-Termin eingetreten ist, aus irgend einem Grunde ermittelt werden, wieviel der Gläubiger durch jene Früherzahlung gewonnen, und der Schuldner verloren habe: so ist es klar, daß dieser Gewinn auf der einen, und der Verlust auf der andern Seite in den zweijährigen Zinsen jenes Kapitals besteht, wozu dann etwa noch die einjährigen Zinsen von den nach dem ersten Jahre fällig gewordenen Zinsen hinzukommen können, und nehmen wir also etwa die Zinsen zu 5 pC. an, so beträgt das Interusurium in unsrem Beispiele am 1. Jan. 1868 volle 100, und, wenn die Zinseszinsen mitgerechnet werden dürfen, sogar 102½.

II. Ganz anders aber muß sich begreiflich die Rechnung stellen, wenn nicht der Fälligkeits-Termin, sondern der Zeitpunkt der antizipirten Zahlung (der repraesentatio) zu Grunde gelegt wird, m. a. W. wenn in irgend einem früheren Zeitpunkte der wahre Werth einer erst später fällig werdenden Forderung ermittelt werden soll. Setzen wir, in unsrem obigen Beispiele kommen Schuldner und Gläubiger überein, es solle der Schuldner bei seiner am 1. Januar 1866 vorzunehmenden Früherzahlung sich das Interusurium abziehen: so versteht es sich von selbst, daß er jetzt nicht 100 oder gar 102½ abziehen kann, also nicht soviel, wie er später am Fälligkeits-Termine haben würde, wenn er die Zahlung nicht antizipirte: denn wie der Schuldner durch solchen Abzug augenscheinlich einen ungebührlichen Gewinn machen würde, indem er am Verfalltage nicht blos die 100 oder 102½, sondern auch die zweijährigen Zinsen dieser Summe hätte, eben so träfe den Gläubiger der offenbare Nachtheil, daß dieser am Verfalltage seine vollen 1000 nicht beisammen hätte, indem mit den 900 oder 897½ in zwei Jahren keine 100 oder 102½ erworben werden. Die s. g. Pinckard'sche oder Carpzov'sche Berechnungsart des Interusuriums, wobei kein Unterschied gemacht wird, ob der Augenblick der wirklichen Zahlung oder der spätere Verfalltag zu Grunde gelegt wird, sondern das Interusurium immer in dem vollen Betrage der Zinsen der Zwischenzeit bestehen soll, vgl. *Carpzov*,

Decis P. 3. dec. 275, ist also freilich ganz unhaltbar, und findet auch wohl h. z. T. keinen Vertheidiger mehr.

III. Offenbar kann vielmehr für den Fall, wenn bei der Berechnung des Interusuriums nicht der Augenblick der Fälligkeit, sondern ein früherer Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird, der leitende Grundsatz nur der sein, daß von der ganzen am Verfalltage schuldigen Summe jetzt soviel abgezogen wird, daß die übrigbleibende Summe, zusammengenommen mit den von dieser Summe in der Zwischenzeit zu ziehenden Zinsen, am Verfalltage gerade das schuldige Kapital ausmacht. Die Summe, welche in Folge dieses Grundsatzes abgezogen wird, bildet das Interusurium, und dieses muß also so groß sein, daß es, zusammengenommen mit den in der Zwischenzeit davon zu ziehenden Zinsen, soviel beträgt, als der Schuldner gewonnen hätte, wenn er das schuldige Kapital gerade erst am Verfalltage gezahlt hätte.

IV. Wenden wir diesen Grundsatz, dessen Richtigkeit nicht wohl bestritten werden kann, und h. z. T. auch nicht mehr bestritten wird, zunächst auf den einfachsten Fall an, wenn zwischen dem früheren Zeitpunkte, an welchem das Interusurium zu berechnen ist, und dem Verfalltage gerade nur ein Zinstermin zwischenliegt. Setzen wir also z. B. es ist Jemand am 1. Januar 1855 die Summe von 100 Fl. schuldig, und es soll der wahre Werth dieses Kapitals am 1. Januar 1854 ermittelt werden, so daß dabei der Zinsfuß von 5 p. C. zu Grunde gelegt wird: so wird diese Aufgabe durch folgende einfache Proportion gelöst: wie sich das schuldige Kapital mit Einschluß der jährigen Zinsen, zu dem schuldigen Kapital ohne die Zinsen verhält, so verhält sich dieses letztre zu dem gesuchten Kapital. Also in unsrem Beispiele:

$$105 : 100 = 21 : 20 = 100 : x,$$

so daß demnach jetzt das gesuchte Kapital $= \frac{20 \times 100}{21} = 95\frac{5}{21}$, und das Interusurium $= 4\frac{16}{21}$ beträgt. Das letztre kann aber auch selbstständig durch folgende Proportion gefunden werden:

$$105 : 5 = 21 : 1 = 100 : x,$$

wornach dann $x = \frac{5}{21}\% = 4\frac{16}{21}$ ist. Legen wir in unsrem Beispiele den Zinsfuß von 4 p. C. zu Grunde, so würde die Proportion lauten:

$$104 : 100 = 26 : 20 = 100 : x,$$

so daß das gesuchte Kapital sein würde $= \frac{25 \times 100}{26} = 96\frac{4}{13}$, und folglich das Interusurium $= 3\frac{9}{13}$; und will man das letztre selbstständig berechnen, so dient dazu die Proportion:

$$104 : 4 = 26 : 1 = 100 : x,$$

wonach $x = \frac{4}{26}\% = 3\frac{9}{13}$ ist. — Daß diese Rechnung, deren mathematische Richtigkeit für den Sachverständigen keinen Zweifel hat, zu juristisch genügenden Resultaten führt, geht aus der einfachen Probe hervor, daß der Gläubiger wirklich mit dem darnach gefundenen Kapital bis zum Verfalltage gerade soviel Zinsen gewinnen kann, daß er zu dieser Zeit den vollen Betrag seiner Forderung beisammen hat. So soll er nach dem Zinsfuß von 5 p. C. statt der vollen 100 nur erhalten $95\frac{5}{21}$; diese Summe wirft aber in einem Jahre an

Zinsen ab $4\frac{1}{2}\frac{1}{1}$, denn $\frac{95\frac{5}{21}}{20} = 4\frac{1}{2}\frac{1}{1}$; und schlägt er diese Zinsen zum Kapital, so hat er am Verfalltage seine vollen Hundert. Und auf der andern Seite kann auch der Schuldner mit dem Interusurium, was er nach dieser Rechnung zurückbehalten darf, während des Jahrs soviel gewinnen, daß er am Verfalltage die vollen Jahreszinsen des schuldigen Kapitals hat; denn das Interusurium beträgt in dem obigen Beispiele $4\frac{1}{2}\frac{1}{1}$; werden diese verzinslich angelegt, so hat er damit am Ende des Jahrs noch $\frac{5}{21}$ gewonnen, denn $\frac{4\frac{1}{2}\frac{1}{1}}{20} = \frac{5}{21}$, und rechnet er diese $\frac{5}{21}$ zu den $4\frac{1}{2}\frac{1}{1}$, so hat er jetzt am 1. Januar 1855 volle Fünf, also soviel, wie er haben würde, wenn er erst an diesem Tage das Kapital an den Gläubiger abgetragen hätte.

V. Wir wenden uns jetzt zu dem komplizirten Fall, wenn zwischen dem früheren Zeitpunkt, an welchem das Interusurium berechnet wird, und dem Verfalltage **mehrere** Zinstermine zwischenliegen. Für diesen Fall entsteht die Frage, die bei dem vorher unter Nr. IV. betrachteten Falle nicht vorkommen kann, ob nämlich bei der Berechnung des Interusuriums blos die einfachen Zinsen zu berücksichtigen sind, oder ob auch die Zinseszinsen in Betracht gezogen werden müssen? Hierdurch unterscheiden sich die s. g. **Hoffmann**'sche und die **Leibnitz**'sche Berechnung des Interusuriums. Betrachten wir jede einzeln:

1) Die Hoffmann'sche Berechnung geht von dem Grundsatze aus, daß ein Kapital gesucht werden müsse, welches zusammengenommen mit den einfachen Zinsen desselben während der Zwischenzeit, dem ganzen Betrage des schuldigen Kapitals gleich kommt. Die Rechnung ist hier augenscheinlich dieselbe, wie sie vorher für den Fall eines einzigen zwischenliegenden Zinstermins angegeben wurde, und setzen wir also z. B. es soll, mit Zugrundelegung des Zinsfußes von 5 p. C., der wahre Werth einer Forderung von 100 ermittelt werden, welche nach zwei Jahren fällig ist, so sagen wir einfach:

$$110 : 100 = 11 : 10 = 100 : x,$$

so daß $x = \frac{1}{1}\frac{0}{1}\frac{0}{0} = 90\frac{1}{1}$, und das zweijährige Interusurium $= 9\frac{1}{1}$ ist. Und will man das Interusurium selbstständig berechnen, so setzt man

$$110 : 10 = 11 : 1 = 100 : x,$$

wonach $x = \frac{1}{1}\frac{0}{0} = 9\frac{1}{1}$ ist. — Nehmen wir aber z. B. eine Schuld von 100, welche nach drei Jahren fällig ist, und legen wir den Zinsfuß von 4 p. C. zu Grunde, so müssen wir sagen:

$$112 : 100 = 28 : 25 = 100 : x$$

und x ist also $= \frac{25 \times 100}{28} = 89\frac{3}{7}$, und das Interusurium beträgt $10\frac{3}{7}$; und wenn das letztre selbstständig berechnet werden soll, so setzen wir:

$$112 : 12 = 28 : 3 = 100 : x,$$

wornach $x = \frac{3}{2}\frac{0}{8} = 10\frac{3}{7}$ beträgt. Vgl. **G. A. Hoffmann**'s Klugheit Hauß zu halten, im Anhang zum 1. Buch, S. 383 fgg., **Deſſ.** Demonstrationen von richiger Berechnung des Interusurii, im Anhang zu **Polack**'s mathes. forens. 4. Aufl. S. 154 fgg., **Polack** cit. S. 100 fgg., **Fratr. *Becmann.*** cit. §. 25 sqq. p. 32 sqq.

2) Nach Leibnitz genügt es dagegen nicht, daß die einfachen Zinsen der Zwischenzeit in Rücksicht genommen werden, sondern darnach sollen auch die Zinseszinsen berechnet, und also ein Kapital gesucht werden, welches, zusammengenommen mit den in der Zwischenzeit zu ziehenden Zinsen, und den von diesen wiederum zu ziehenden Zinsen, und den Zinsen von diesen Zinseszinsen u. s. w., am Verfalltage dem geschuldeten Kapitale gleich ist. Die Rechnung wird hier begreiflich komplizirter. Die einfachste, auch dem Nichtmathematiker verständliche Ausdrucksweise dafür dürfte folgende sein: Man addire zu dem am Verfalltage schuldigen Kapital die Zinsen eines Jahrs, und die so gefundene Summe multiplizire man soviel mal mit sich selbst, als in der Zwischenzeit Zinstermine vorkommen; diese Prozedur nehme man auch mit dem schuldigen Kapital ohne die Zinsen vor; und wie sich nun diese beiden so gefundenen Summen zu einander verhalten, so verhält sich das schuldige Kapital zu dem gesuchten. Setzen wir also z. B., es soll nach dem Zinsfuß von 5 p. C. der wahre Werth einer Forderung von 100 ermittelt werden, welche nach zwei Jahren fällig ist, so sagen wir so:

$$105^2 : 100^2 = 21^2 : 20^2 = 441 : 400 = 100 : x,$$

so daß $x = \frac{400 \times 100}{441} = 90\frac{10}{441}$ ist. Das zweijährige Interusurium beträgt demnach $9\frac{10}{441}$, und dieses kann auch selbstständig berechnet werden nach folgender Proportion:

$$105^2 : (105^2 - 100^2) = 21^2 : (21^2 - 20^2) = 441 : (441 - 400)$$
$$= 441 : 41 = 100 : x,$$ so daß also darnach $x = \frac{41 \times 100}{441} = 9\frac{10}{441}$ ist. — Oder nehmen wir ein Kapital von 100, welches nach drei Jahren fällig ist, und berechnen wir das Interusurium nach dem Zinsfuß von 4 p. C., so müssen wir sagen:

$$104^3 : 100^3 = 26^3 : 25^3 = 17576 : 15625 = 100 : x,$$

wornach also $x = \frac{15625 \times 100}{17576} = 88\frac{15376}{17576}$, und das dreijährige Interusurium also $= 11\frac{1976}{17576}$ ist; und soll dieses letztre selbstständig berechnet werden, so setzen wir:

$$104^3 : (104^3 - 100^3) = 26^3 : (26^3 - 25^3) = 17576 :$$
$$(17576 - 15625) = 17576 : 1951 = 100 : x,$$ so daß also $x = \frac{1951 \times 100}{17576} = 11\frac{1976}{17576}$ ist — Die mathematischen Beweise für die Richtigkeit dieser Berechnung, so wie die Angabe der wesentlichen Rechnungs-Erleichterungen durch Anwendung der Logarithmen, und allenfalls auch der Dezimalbrüche, müssen hier begreiflich übergangen werden; vgl. darüber *Leibnitz*, medit. jur. math. de interusurio; in den Actis eruditorum vom Oktober 1683, p. 425 sqq., Bilfinger im Anhang zur 4. Aufl. von Polack's mathesis forensis. Leipz. 1770. S. 141 fgg., Fratr. *Becmann*. l. c. §. 32 sqq. p. 43 sqq., v. Florencourt, Abhandl. aus der jur. und pol. Rechenk. Altenburg 1781. S. 10 fgg., Oettinger a. a. O. S. 55 fgg. (welcher auch S. 80 fgg. noch eine andre, im Resultate völlig mit der Leibnitz'schen übereinstimmende Berechnungsart vorschlägt).

VI. Fragen wir nun, welche dieſer beiden Berechnungsarten im wirklichen Rechtsleben anzuwenden ſei, ſo leuchtet zunächſt ſoviel ein, daß der, der Leibnitz'ſchen Methode oft gemachte Vorwurf, ſie verſtoße gegen das Verbot des Anatoziſmus, völlig ungegründet iſt; denn Leibnitz verlangt ja nicht, daß derſelbe Schuldner von den Zinſen, die er ſchuldet, wiederum Zinſen bezahlen ſolle, ſondern er will nur, daß der Gläubiger, welcher Zinſen empfängt, dieſelben nicht müſſig liegen laſſen, ſondern dieſelben wieder verzinslich anlegen ſoll, worin doch offenbar kein Anatoziſmus liegt. Obwohl nun aber dieſer Vorwurf gewiß unbegründet iſt, und obwohl man einräumen muß, daß nur nach der Leibnitz'ſchen Methode der wahre Werth einer ſpäter fällig werdenden Forderung in mathematiſch genauer Weiſe feſtgeſtellt wird, und namentlich nur durch ihre Anwendung eine wahrhaft gleichheitliche Behandlung des Schuldners und des Gläubigers Statt findet, vgl. beſ. Oettinger a. a. O. S. 85 fgg. und ſ. auch Keil cit. S. 85 fgg., ſo kann dieſelbe doch nur in ſeltenen Fällen praktiſch angewendet werden, weil ſie von Vorausſetzungen ausgeht, die in der Wirklichkeit nicht ſehr häufig begründet ſind. Offenbar muß nämlich dabei vorausgeſetzt werden, daß die Zinſen in dem Augenblick, wo ſie fällig ſind, auch wirklich gezahlt werden, und daß der Empfänger auch ſogleich in dieſem Augenblicke wieder Gelegenheit hat, ſie verzinslich anderweit anzulegen. Aber wo kommt dies im Leben wirklich ſo vor? und wie ſelten iſt namentlich auch das Letztre der Fall, wenn es ſich um ganz kleine Summen handelt, deren Zinſen zwar auf dem Papier leicht berechnet werden können, die aber als verzinsliche Kapitalien anzulegen, im Leben meiſt unmöglich iſt. Durch die Anwendung der Leibnitz'ſchen Methode wird alſo in den bei Weitem meiſten Fällen der jetzige Werth einer künftig fällig werdenden Forderung beträchtlich höher angeſchlagen, als er ſich im wirklichen Leben ſelbſt bei einem paterfamilias diligentissimus herausſtellen wird, und ſo entſpricht denn regelmäßig nur die Hoffmann'ſche Berechnungsart des Intereſſuriums den Bedürfniſſen des praktiſchen Lebens, obwohl ſich nicht verkennen läßt, daß dieſelbe in mehrfacher Beziehung inkonſequent iſt, und dabei namentlich einige Beeinträchtigung des Schuldners nicht vermieden werden kann, vgl. auch Rechtsler. a. a. O. S. 639 fg. und Oettinger cit. S. 71 fgg. S. 85 fgg. Dieſer Vorzug der Hoffmann'ſchen Methode wird denn auch h. z. T. nicht nur von den meiſten Theoretikern anerkannt, vgl. z. B. außer der Mehrzahl der neueren Lehrbücher noch beſ. Schrader und Zachariä in den angeff. Abhh., Seuffert, Erörtr. Abth. I. S. 145 fgg., Rechtsler. a. a. O. S. 640 fg., Pachmann a. a. O. S. 198 fgg., ſondern auch in der Praxis pflegt dieſe Methode überall zu Grunde gelegt zu werden, und nur bei ſehr beträchtlichen Kapitalien, wo die Zinſen ſelbſt wieder bedeutendere Summen ausmachen, und wo ſich darauf rechnen läßt, daß dieſelben bei einiger Sorgfalt ſogleich wieder verzinslich angelegt werden können, wird wohl auch die Leibnitz'ſche Methode angewendet. Das Richtigſte dürfte freilich ſein, keine der beiden Berechnungs-Arten rein zur Anwendung zu bringen, ſondern eine den konkreten Verhältniſſen des einzelnen Falls entſprechende Kombination beider, wozu Keil a. a. O. S. 13 fgg. ſachgemäße Andeutungen gegeben hat. — Wenn hier übrigens die Frage über den Vorzug der einen oder andren Methode ohne alle Rückſicht auf die

Gesetze erörtert worden ist, so hat dies seinen natürlichen Grund darin, weil die Gesetze, so oft sie auch des Interusuriums erwähnen, doch keine Normen über die Berechnungsart desselben aufgestellt haben. Nur in einer einzigen Stelle, nämlich in l. 88. §. 3. ad leg. Falcid. (35, 2), kommt eine hierher gehörige Entscheidung vor. Der Fall ist folgender. Es hinterläßt Jemand im Ganzen 200, und legirt davon dem A. 100 pure, und dem B. 100 unter einer Bedingung. Während schwebender Bedingung zieht der Erbe als Einkünfte dieser letztren Summe 25, und will nun jetzt nach Eintritt der Bedingung die ihm an seiner Quart noch fehlenden 25, und die ihm ebenfalls gebührenden Zinsen dieser Quart, den beiden Legataren verhältnißmäßig abziehen. Zu diesem Zweck muß die Größe der beiden Legate bestimmt werden, und da sagt nun Afrikan, das Legat des B. müsse um soviel kleiner angenommen werden, als der Erbe daraus in der Zwischenzeit Zinsen gezogen habe, so daß also der A. zu der dem Erben noch gebührenden Quart $\frac{1}{4}$, der B. aber $\frac{3}{4}$ beizusteuern habe. Da hier Afrikan das Legat des A. = 100, das des B. = 75 annimmt, und zu dieser letztren Summe dadurch gelangt, daß er die ganzen in der Zwischenzeit vom Erben gezogenen Zinsen davon abzieht, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß dieser Entscheidung die Carpzov'sche Berechnungsart des Interusuriums zu Grunde liegt. Dies darf uns aber meines Erachtens nicht bestimmen, diese Methode als gesetzlich vorgeschrieben anzusehen. Denn nicht nur, daß man überhaupt in solchen Berechnungen römischer Juristen keine wahren gesetzlichen Normen finden darf, indem es vielmehr nur mehr oder weniger gelungene Versuche sind, Rechtssätze auf vorliegende Fälle anzuwenden, Versuche, die ihrer Natur nach niemals Gesetzeskraft ansprechen dürfen: so möchte auch namentlich Afrikan's Rechnung in dem vorliegenden Falle gerade durch die Eigenheit desselben veranlaßt worden sein, denn hier war die Größe des Legats erst nach Eintritt des Fälligkeits-Termins zu ermitteln, und gerade für solche Fälle liegt der Gedanke sehr nahe, die vollen in der Zwischenzeit gezogenen Zinsen als Interusurium in Abzug zu bringen. Meiner Ueberzeugung nach sind wir daher vollkommen berechtigt, bei den allgemeinen Erörterungen über die Berechnung des Interusuriums von dieser Entscheidung Afrikan's ganz abzusehen, und die Prinzipien darüber rein aus der Natur der Sache zu konstruiren. Vgl. auch Schrader in der angef. Abh.

VII. Wir sind bei den bisherigen Erörterungen über Interusurium von dem gewöhnlichen Falle ausgegangen, wenn ein Schuldner eine erst später fällig werdende Forderung vor dem Verfalltag zahlt, und dabei das Interusurium abzieht. Hierbei muß aber noch vor dem Mißverständniß gewarnt werden, als wenn der Schuldner eine solche Früherzahlung mit Abzug des Interusuriums dem Gläubiger aufdringen dürfte. Dies ist keineswegs der Fall, sondern es ist dazu stets die Einwilligung des Gläubigers erforderlich, und wenn doch bisweilen das Gegentheil behauptet wird (vgl. z. B. *Horn*, de interusurio §. 21), und man sich dafür auf l. 70. de solut., l. 50. de O. et A., l. 38. §. 6. de V. O. beruft, so ist dies ganz unhaltbar, da in diesen Stellen nur gesagt wird, daß bei einem zu Gunsten des Schuldners anberaumten Zahlungstermin, dieser auch vor Eintritt des Termins zur Zahlung berechtigt sei; aber natürlich nur zu voller Zahlung, denn von einem Abzug des Interusuriums

ist in keiner dieser Stellen auch nur entfernt die Rede. Auch die l. 24. §. 2. sol. matr. (24, 3) enthält keine wahre Ausnahme, indem hier nicht von einem Schuldner die Rede ist, welcher dem Gläubiger die Zahlung vor der Zeit offerirt, sondern von einem Schuldner, welcher zur Sicherheitsleistung wegen später fälliger Zahlung verpflichtet, und diese nicht zu leisten im Stande ist; in diesem Nothfalle soll dem Gläubiger dadurch geholfen werden, daß der Schuldner zu alsbaldiger Zahlung mit Abzug des Interusurinms kondemnirt wird. Vgl. auch Fratr. *Becmann.* l. c. §. 64. p. 100 sqq.

VIII. Der in der vorigen Nummer angedeutete Fall ist aber bei Weitem nicht der einzige, in welchem das Interusurium rechtlich in Betracht kommt. So ist z. B. ein anderer Anwendungsfall der, wenn eine später fällig werdende Schuld in fraudem creditorum voll voraus bezahlt ist, und die verkürzten Gläubiger von dem ihnen zustehenden Rückforderungsrecht Gebrauch machen, denn der Gegenstand dieser Rückforderung kann der Regel nach eben nur das Interusurium sein, l. 10. §. 12, l. 17. fin. quae in fraud. creditor. (42, 8). So muß auch bei der Berechnung der Falzidischen Quart das Interusurium in mehrfacher Beziehung berücksichtigt werden, insbesondere dann, wenn Renten auf bestimmte Jahre, oder wenn Legate sub die certo hinterlassen sind, so wie auch in Betreff des legatum debiti, um die wirkliche Größe des Legats zu bestimmen, l. 1. §. 10, l. 45. pr., l. 66. pr., l. 88. §. ult. ad leg. Falc. (35, 2). Nicht minder wichtig kann die Berechnung des commodum repraesentationis werden, um verschiedene Gebote bei Auktionen oder bei der addictio in diem mit einander zu vergleichen. Eben so kann auch bei der lex Anastasiana das Interusurium zu berücksichtigen sein, um zu ermitteln, ob der Zessionar wirklich weniger für die Forderung gegeben hat, als deren Werth ist, u. dgl. m.

ccc) Von der Mora. §. 588.

Dig. XXII. 1. de (usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et de) mora. — *Ferretus*, de mora et interesse 1550 und öfter, *Donellus*, de mora (in opp. X. p. 1429 sqq.), *Contius*, de diversis morae generibus (in opp. p. 534 sqq.), *Cocceji*, de mora (in Exerc. cur. I. nr. 59), *Ratjen*, de mora sec. jur. Rom. princ. comm. Kil. 1824, v. Madai, die Lehre von der Mora. Halle 1837, (vgl. die sehr ausführliche Rezension von Schilling in krit. Jahrb. 1838. S. 218 fgg.), Wolff, zur Lehre von der Mora. Gött. 1831, Fr. Mommsen, Beiträge zum Oblig. R. Abth. III.: die Lehre von der Mora. Braunschw. 1855, Heimbach im Rechtsl. XII. S. 840 fgg. — Vgl. auch Schöman, Handbuch II. Nr. 11, Roßhirt in seiner Zeitschr. III. 1, Fritz zu Wening II. S. 324 fgg., v. Wening-Ingenheim, Schadenersatz S. 192 fgg., Koch I. S. 341 fgg., Unterholzner I. S. 407 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. II. §. 93. S. 177 fgg.,

Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. III. §. 233, *Molitor* I. p. 425 sqq., Windscheid, Lehrb. II. §. 276 fgg. §. 345 fg. — Unger, Fragm. S. 17 fgg., Brackenhöft in Gieß. Zeitschr. N. F. XV. S. 122 fgg.

1) *Marcianus* l. 32. h. t.: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libr. XII. Epistol. scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris.

2) *Paul.* l. 91. §. 3. de V. O. (45, 1): Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio. Si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur, nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?

Anm. 1. Die Thatsache, daß eine Verbindlichkeit nicht rechtzeitig erfüllt wird, bringt allerdings schon an und für sich nicht unbedeutende Wirkungen hervor, und zwar werden daran nicht blos sehr häufig vertragsmäßig wichtige Folgen angeknüpft, in welcher Beziehung man sich nur an Konventionalstrafen, Zinsverabredungen, und an die lex commissoria zu erinnern braucht, sondern auch gesetzlich sind damit beträchtliche Wirkungen verbunden. Denn nicht nur, daß es von jetzt an dem Gläubiger gestattet ist, alle Wege, die zu seiner Befriedigung führen können, einzuschlagen, daß er also jetzt Klage gegen den Hauptschuldner selbst, oder gegen etwaige Interzedenten anstellen, daß er Pfänder verkaufen darf u. dgl., so kommen in den Gesetzen auch für einzelne Fälle besondre Bestimmungen vor. Dahin gehört namentlich die bekannte Vorschrift, daß der Käufer, ohne alle Rücksicht auf eigentliche Mora, nach Empfang der Waare den Kaufpreis verzinsen muß, l. 13. §. 20. de act. emt. vend. (19, 1), l. 2. C. de usur. (4, 32), l. 5. C. de act. emt. (4, 49), Vat. fr. §. 2. Eben so haben auch ohne alle Rücksicht auf eigentliche Mora die Schuldner von Minderjährigen gesetzliche Zinsen zu zahlen, l. 5. C. de act. emt., l. 3. C. in quib. caus. in integr.

rest. (2, 41), und daſſelbe tritt ein bei Schuldnern des Fiskus, l. 17. § 5. 6. h. t., ſo wie denn auch die von Juſtinian in l. 31. §. 2. C. de jure dot. (5, 12) und Nov. 131. c. 12. eingeführten Fälle geſetzlicher Zinspflicht hierher zu zählen ſind. Ferner muß es auch als Folge der bloſen nicht rechtzeitigen Zahlung, ohne alle Rückſicht auf wahre Mora angeſehen werden, daß der Verpachter den zwei Jahre lang mit dem Pachtgelde in Rückſtand bleibenden Pachter austreiben darf, l. 54. §. 1, l. 56. loc. cond. (19, 2), und eben dahin gehört auch der Verluſt der Emphyteuſe wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanon, l. 1. C. de jure emphyt. (6, 66). Vgl. überhaupt Wolff §. 2 fgg.

Von dieſer bloſen nicht rechtzeitigen Erfüllung — wofür in den Geſetzen bisweilen der Ausdruck Mora gebraucht wird, und wofür Wolff a. a. O. den Namen objektive Mora vorſchlägt — unterſcheidet ſich aber weſentlich die eigentliche Mora, oder, wie Wolff ſie nennt, die ſubjektive Mora, die den eigentlichen Gegenſtand dieſes Sen bildet, und an welche auch unſere Geſetze und Juriſten ſtets denken, wenn ſie den Ausdruck Mora in einer techniſchen Bedeutung gebrauchen.

Das charakteriſtiſche Merkmal dieſer ſubjektiven Mora iſt nun aber das, daß dabei ſtets eine Kulpa des Säumigen ſupponirt wird, und dieſelbe alſo niemals angenommen werden kann, wenn die rechtzeitige Erfüllung aus einem dem Schuldner nicht zuzurechnenden Grunde unterblieben iſt. Dies wird freilich von Schöman a. a. O. (vgl. deſſen Schadenserſ. II. S. 10 fgg.) geleugnet, und das Weſen der Mora vielmehr dahin beſtimmt, daß dieſelbe begründet werde durch jeden in der Perſon des Verpflichteten eintretenden Mangel, der ihn hindere, die ihm obliegende Verbindlichkeit ſeinem zur Annahme bereiten Gläubiger zu gehöriger Zeit zu erfüllen, ſollte auch dieſer Mangel ſich auf einen Zufall gründen; und nur dann, wenn die Nichterfüllung auf Gründen beruhe, die ganz außer der Perſon des Verpflichteten lägen (impedimenta naturalia), ſei die Mora ausgeſchloſſen. Vgl. auch Glück VIII. S. 426, Mackeldey §. 325, Puchta, Pand. §. 268. Not. a. und §. 269, Gerau in Gieß. Zeitſchr. N. F. II. S. 218 fgg., Sintenis a. a. O. Anm. 50, Holzſchuher cit. ad l. u. A. m. Ich muß dagegen unbedingt der von den meiſten ältern und neuern Juriſten vertheidigten Lehre beiſtimmen, daß gerade das eigentlich ſpezifiſche Merkmal der wahren Mora die Kulpa des Säumigen ſei. Darauf weiſ't ſchon beſtimmt genug die regelmäßige Nothwendigkeit der Interpellation hin (vergleiche darüber auch die folgende Anmerkung) und noch beſtimmter die Lehre der römiſchen Juriſten von den ſogenannten excusationes a mora, wobei augenſcheinlich der Gedanke durchgeführt wird, daß überall, wo die Säumniß dem Schuldner nicht imputirt werden kann, auch keine wahre Mora mit ihren eigenthümlichen Wirkungen angenommen werden dürfe, ſondern nur, wie Papinian in l. 9. §. 1. h. t. ſich ausdrückt, eine mora *inculpata*, vgl. l. 5. de R. C. (12, 1), l. 17. §. 3, l. 21. 22. 23. pr. l. 24. h. t., l. 63. de R. J., *Lotz*, de morae initio. Wirceb. 1825. p. 21 sqq., Madai S. 69 fgg., Wolff S. 289 fgg. Daſſelbe Reſultat geht ferner aus den zur Bezeichnung der Mora ſo häufig gebrauchten Redensarten: per eum stetit, per eum factum est, quominus etc. hervor, denn dieſe weiſen nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der römiſchen

Juriſten mit Beſtimmtheit auf eine Verſchuldung hin, vgl. z. B. l. 15. pr, l. 23. §. 1. de oper. libert. (38, 1), l. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50, 13). Dafür ſpricht ferner die öfter wiederkehrende Bemerkung, daß bei der Frage, ob eine Mora vorhanden ſei, oder nicht, eine ſorgſame Berückſichtigung des individuellen Falls Platz greifen, und dabei alſo dem richterlichen Ermeſſen ein weiter Spielraum gelaſſen werden müſſe, vgl. T. 1. und 2, und ſ. auch l. 137. §. 1. 2. de V. O. (45, 1), eine Bemerkung, die nur dann volle Wahrheit hat, wenn zur Annahme einer Mora die Ermittelung der Kulpa nöthig iſt. Dazu kommt, daß auch wirklich in mehreren Geſetzen das Erforderniß faſt mit klaren Worten vorausgeſetzt wird, und zwar gehört dahin insbeſondre die l. 5. de R. C. (12, 1):

> *Pompon.* „Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id, nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit, nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere“,

und wo möglich noch beſtimmter die oben als T. 2. abgedruckte l. 91. §. 3. de V. O.; hier wird nämlich zunächſt das Prinzip aufgeſtellt: quoties *culpa* intervenit debitoris, perpetuari obligationem, und dieſer Grundſatz wird dann von Paulus auf zwei Fälle in Anwendung gebracht, einmal, si effecerit promissor, quominus solvere possit (wenn alſo der Schuldner ſich die Leiſtung unmöglich gemacht hat), und dann, *si moratus sit*, woraus doch wohl mit Evidenz hervorgeht, daß Paulus in der Mora nur eine beſondre Richtung der Kulpa erblickt. Endlich mag auch noch zur Unterſtützung unſrer Anſicht die Bemerkung Platz finden, daß doch in der That die in unſren Geſetzen mit der Mora verknüpften Folgen derartig ſind, daß ihre Annahme eine unbegreifliche Härte ſein würde, wenn dabei nicht eine Verſchuldung des Säumigen vorausgeſetzt werden müßte — man denke nur z. B. an das im Falle der Mora, ſogar bei judicia stricti juris Statt findende juramentum in litem! l. 5. §. 4. de in lit. jur. (12, 3) —, und dieſe Bemerkung wird um ſo zutreffender, wenn wir erwägen, daß die ganze Lehre von der Mora weſentlich ein Produkt der römiſchen Doktrin iſt, und Willkür-Beſtimmungen alſo am Wenigſten dabei erwartet werden dürfen.

Das Gewicht dieſer Gründe wird auch ſchwerlich durch die Argumentation Schöman's entkräftet. Abgeſehen von einigen ganz leeren Gründen, wie z. B. daß unter Vorausſetzung der herrſchenden Theorie man nicht die Nothwendigkeit eines beſondren Pandektentitels de mora, und beſondrer Ausführungen der römiſchen Juriſten darüber einſehen könnte, da ja dann die allgemeinen Grundſätze über Kulpa genügen würden, u. dgl. m., beruft ſich nämlich Schöman vorzüglich auf zwei Geſetze, die l. 3. §. ult. de act. emt. vend. (19, 1) und l. 137. §. 4. de V. O. (45, 1). In dem letztren Geſetze, welches Schöman ſelbſt als die Hauptſtelle bezeichnet, iſt aber augenſcheinlich gar nicht von Mora die Rede, ſondern vielmehr vom Anfang der Obligation ſelbſt, und ſchon

darum ist dasselbe, abgesehen von vielem Andren, was sich gegen Schöman's Folgerungen daraus einwenden läßt, für unsre Frage ohne alle Beweiskraft. In der l. 3. §. ult. cit. aber wird für die mora accipiendi zwar nur das eine Merkmal angeführt, daß der Verpflichtete bereit gewesen sein müsse, zu leisten; aber nirgends wird gesagt, daß dieses nur das einzige sei, nirgends wird da also das Dasein der Kulpa als Requisit der Mora ausgeschlossen. Vgl. auch *Ratjen* cit. p. 8 sqq., *Lotz* cit. p. 20 sqq., Emmerich in Gießer Zeitschr. XII. S. 78 fgg., Madai S. 6 fgg., Wolff S. 252 fgg., *Molitor* I. p. 431. 467 sqq., Mommsen, Beiträge zum Obligat. R. I. S. 264 fgg., III. S. 13 fgg. S. 56 fgg., Heimbach a. a. O. S. 866 fgg., Windscheid §. 276. Not. 2. §. 277. Not. 4 fgg.

Anm. 2. Ueber die Frage: ob dann, wenn bei einem Schuldverhältniß ein bestimmter Zahlungstermin (ein dies certus) festgesetzt sei, zum Eintritt der Mora doch noch eine Interpellation erfordert werde, oder ob die Mora vielmehr von selbst mit dem fruchtlosen Ablauf des Termins eintrete? wird h. z. T. lebhafter als je gestritten. Für die Ansicht, daß es in solchem Falle keiner Interpellation bedürfe, sondern die Regel: *dies interpellat pro homine* Platz greife, erklärten sich von jeher die bei Weitem meisten Juristen. So findet sich dieselbe schon in der Glosse bestimmt ausgesprochen, Gloss. ad l. 9. §. 1, l. 32. h. t. ad l. 23. de O. et A.; so später bei den s. g. Scholastikern (vgl. die Nachweisungen bei Schröter in Gießer Zeitschr. IV. S. 105 fgg.); ferner bei den meisten französischen Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts, namentlich bei *Donell.*, de mora nr. 10 sqq. (in opp. X. p. 1432 sqq.) comm. jur. civ. XVI. 2. (in opp. IV. p. 615) und bei *Cujac.* an vielen Stellen, am bestimmtesten in den recitt. solenn. ad Cod. ad l. 12. de contr. et comm. stip. (in opp. IX. p. 1265 sqq.), wo er eine flüchtige entgegengesetzte Aeußerung in derselben Schrift ad tit. de fideicomm. libert. (in opp. IX. p. 951) zurücknimmt; ferner bei allen Niederländern und sämmtlichen Deutschen (cf. die Nachweisungen bei Schröter S. 118 fgg.), mit einer einzigen, gleich nachher zu nennenden Ausnahme. Als nennenswerthe Gegner jener Regel sind nur mehrere französische Juristen des 16. Jahrh. anzuführen, nämlich *Ferret.* cit. Nr. 10 sqq., *Cont.* cit. c. 4, *Barclaj.* ad tit. Pand. de reb. cred. l. 5. (in Otto thes. III. p. 830 sqq.), *Charondas*, Verisim. lib. III. c. 10. (bei Otto I. p. 783 sqq.), *Grangianus*, Paradoxa jur. civ. c. 1. (bei Otto V. p. 618), und ihnen schließt sich der Deutsche *Bachov von Echt* ad Treutler. Vol. II. disp. 3. th. 7. lit. D. an. Seit dieser Zeit verstummte der Streit, und die Regel: dies interpellat pro homine wurde so allgemein als unzweifelhaft richtig angenommen, daß man selbst vergaß, daß sie jemals bestritten war, so daß z. B. sogar bei Glück die Kontroverse gar nicht einmal erwähnt wird. Erst in unseren Tagen traten Savigny in seinen Vorlesungen (cf. *Ratjen* cit. p. 3) und Neustetel in einer bes. Abh. im ziv. Arch. V. 8. als Gegner der Regel auf; und zwar der Letztere in der Meinung, daß er der Erste sei, welcher die Regel bestreite (S. 228). Seit dieser Zeit hat sich nun ein lebhafter Streit entsponnen, und die Regel hat seitdem weit mehr namhafte Gegner gefunden, als sie je früher gehabt hat. Nachdem nämlich Thibaut im ziv. Arch. VI. 2, *Lotz*, de

morae initio cap. 3. p. 48 sqq., und im Wesentlichen auch *Ratjen* cit. p. 21 sqq. die alte Theorie gegen Neustetel's Angriffe in Schutz genommen hatten, trat v. Schröter in Gießer Zeitschr. IV. 5. in einer ausführlichen, auch die Literärgeschichte sorgfältiger berücksichtigenden Abhandlung als entschiedener Gegner derselben auf, und er vertheidigte auch in einem zweiten Aufsatze ebendas. VII. 3. seine Ansicht gegen die erneuerten Einwendungen Thibaut's im ziv. Arch. XVI. 7. Für die alte Regel sprachen sich dann wieder in ausführlicheren Darstellungen *Beckendorff*, dies interpellat pro homine. Heidelb. 1835, Madai S. 87 fgg., Holzschuher cit. ad 2) und *Holtius* in Recueil de l'Academie de legislation de Toulouse. tom. IV. p. 301 suiv. aus, während sich gegen dieselbe Gesterding, Nachforsch V. Abth. 1. Nr. 2, Fritz zu Wening II. S. 331 fgg., Wolff S. 317 fgg., *Molitor* p. 469 sqq., Mommsen S. 80 fgg. und Heimbach S. 879 fgg. erklärten. Auch die neueren Lehr- und Handbücher sind getheilter Meinung; die alte Regel vertheidigen z. B. Thibaut §. 101, Valett §. 492, Seuffert §. 245. (vgl. jedoch auch dessen Aufsatz in den Blättern für Rechtsanwendung. Jahrg. 1836. Nr. 1. und 2), Mühlenbruch §. 345, Göschen §. 417, Roßhirt §. 360, Schilling III. §. 237, während dieselbe verworfen wird von Wening §. 242. (welcher zuerst auch wieder auf die bedeutendsten Gegner desselben hinwies), Mejer in Schweppe's Handb. III. §. 387, *Warnkoenig*, comm. jur. civ. tom. III. 123. not. 7), Puchta §. 269. (vgl. auch dessen Gewohnheitsr. II. S. 76 fgg.), Koch I. S. 347 fgg., Unterholzner I. S. 115 fgg., Sintenis II. Anm. 71, Arndts §. 251, Brinz S. 551.

Bei Erörterung dieser Streitfrage ist m. E. vor allen Dingen zu untersuchen, in welchem Verhältniß die Regel: dies interpellat pro homine zu den allgemeinen Grundsätzen über Mora steht. Sollte sich nämlich zeigen, daß jene Regel sich im Widerspruch mit diesen Prinzipien befinde, und als Singularität aufgefaßt werden müste, so muß nach meiner Ueberzeugung die ganze Regel verworfen werden, weil dieselbe in keinem Gesetze so bestimmt und unzweideutig ausgesprochen ist, wie dies zur Begründung eines anomalen Rechtssatzes erforderlich sein würde. Sollte aber das Resultat umgekehrt sein, daß schon die allgemeinen Prinzipien über Mora mit Konsequenz zu dem Satze: Dies interpellat hinführen, so muß auch diese Regel angenommen werden, weil mir kein Gesetz bekannt ist, welches sich mit irgend einer Bestimmtheit gegen dieselbe erklärte, sondern umgekehrt in gar manchen Stellen Andeutungen vorkommen, die, wenn auch nicht mit Nothwendigkeit, doch mit großer Wahrscheinlichkeit auf jene Regel hinweisen.

I. Es ist ein, eben so in der Natur der Sache, wie in den römischen Gesetzen begründetes Prinzip, daß dann, wenn eine obligatio abgeschlossen ist, das Rechtsverhältniß zwar sogleich begründet ist, und der Kreditor sogleich fordern, der Debitor sogleich zahlen darf, die Realisirung dieses Rechtsverhältnisses aber nur erst dann zu geschehen braucht, wenn dem Schuldner bekannt geworden ist, daß der Gläubiger auch wirklich die Zahlung verlange. Der Schuldner ist m. a. W. nicht zu einem *ultro offerre* verpflichtet, vgl. auch l. 53. pr. de fideic. libert. (40, 5) und arg. l. 48. de V. O. und s. meine Abh. im ziv. Arch.

XXXIII. S. 298 fgg., Unger, System S. 332 fgg., und es kann also von einer Kulpa desselben keine Rede sein, wenn er mit der Leistung wartet, bis dieses Verlangen des Gläubigers zu seiner Kenntniß gekommen ist. Daher das Grundprinzip der eigentlichen Mora, welches am Schärfsten in l. 5. de R. C. ausgesprochen ist:

„quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit — — — *si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere*“,

wornach also wesentlich dazu vorausgesetzt wird, daß Gründe vorhanden sind, welche geeignet sind, dem Schuldner das Bewußtsein aufzudringen, daß der Gläubiger jetzt die Zahlung verlange. Eine solche justa causa liegt nun zunächst unzweifelhaft in der bestimmten Erklärung des Gläubigers, daß er jetzt bezahlt sein wolle, in der Interpellation, und daher die öfter ausgesprochene Regel, daß die Mora erst nach der Interpellation beginne. Es kann aber eine solche Interpellation entweder so vorkommen, daß der Gläubiger sogleich im Augenblicke der Aufforderung die Zahlung verlangt, oder auch so, daß er dem Schuldner eine bestimmte Frist setzt, innerhalb welcher derselbe zahlen müsse, und daß auch eine Interpellation dieser zweiten Art unmittelbar nach Ablauf dieser bewilligten Frist wahre Mora erzeugt, kann um so weniger bezweifelt werden, da durch die Nichtachtung dieser vom Gläubiger noch eingeräumten Frist die Kulpa des Schuldners augenscheinlich in noch höherem Grade vorhanden ist, wie wenn er der Aufforderung, in continenti Zahlung zu leisten, nicht alsbald Folge leistet. In solchem Falle nach Ablauf der gesetzten Frist eine nochmalige Interpellation fordern zu wollen, würde doch wahrlich eine arge Inkonsequenz sein, da sich hier nicht minder deutlich, wie im Falle der einfachen Interpellation der ernstliche, auf Realisirung des Schuldverhältnisses gerichtete Wille des Gläubigers offenbart, und die Verschuldung des Debitor in Nichtachtung dieses Willens eine bedeutend größere ist. Gehen wir nun noch einen Schritt weiter, und denken uns, daß jene Zahlungsfrist sogleich bei Abschließung der Obligation vertragsmäßig festgesetzt wurde, so kann meines Erachtens eine Annahme der Mora nach dem fruchtlosen Ablauf dieses Termins um so weniger zweifelhaft sein, da ja zu den Gründen, die uns im Falle einer einseitigen vom Gläubiger anberaumten Zahlungszeit zu jener Annahme bestimmen müssen, hier noch der weitere tritt, daß die Nichtachtung jener Frist zugleich als eine offenbare Vertrags-Verletzung, als ein eigentlicher Treubruch erscheint, und also jedenfalls eine Kulpa des Schuldners noch in viel höherem Grade vorhanden ist.

So geht denn meiner Ueberzeugung nach der Satz, daß die Nichtachtung des vertragsmäßigen Zahlungstermins ohne Weiteres eine Mora begründe, und eine weitere Interpellation schlechthin nicht erforderlich sei, mit vollster Konsequenz aus dem Grundgedanken der Mora hervor, und wenn eine solche schon dann angenommen werden muß, wenn der Schuldner eine ex post kommende Interpellation des Gläubigers nicht beachtet, so muß dieselbe um so viel gewisser angenommen werden, wenn der Debitor einen von vorne herein festgesetzten Zahlungstermin unbeachtet vorübergehen läßt, weil in diesem letzteren Falle seine Verschuldung um vieles größer ist, als im ersten. Hiergegen dürften auch die

Argumentationen der Gegner schwerlich in Betracht kommen. Die beachtenswerthesten sind folgende:

1) Vor Allem pflegen die Gegner Gewicht auf die Behauptung zu legen, daß, wenn eine obligatio ex die abgeschlossen werde, die rechtliche Bedeutung davon nicht die sei, daß der Schuldner gerade an diesem Tage zahlen müsse, sondern vielmehr nur die, daß der Gläubiger erst von dem bestimmten Tage an fordern dürfe, und daß also der Schuldner eben so wenig bei einer betagten, wie bei einer unbetagten obligatio unaufgefordert Zahlung zu leisten habe. Dieser Satz soll in einer Reihe von Stellen ausgesprochen sein, z. B. §. 2. J. d. V. O. („id, quod in diem debetur, statim quidem debetur, *sed peti prius, quam dies venerit, non potest*"), l. 21. pr. quando dies legat. (36, 2) („*ante diem peti non potest*"), l. 44. §. 1. de O. et A. (44, 7), l. 41. §. 1. 2, l. 46. pr. de V. O. (45, 1) u. a. m. Augenscheinlich ist dies aber eine ganz einseitige Auffassung dieses Rechtsverhältnisses, indem man willkürlich die eine Bedeutung des zugefügten dies solutionis als die einzige annimmt. Wenn eine obligatio ex die abgeschlossen wird, so hat dies allerdings für den Gläubiger die Bedeutung, daß er verspricht, nicht vor dem Eintritt dieses Termins seine Forderung geltend zu machen, und diese eine Seite ist in den vorher zitirten Gesetzen hervorgehoben. Es hat aber diese adjectio diei auch noch die zweite Bedeutung, daß der Schuldner verspricht, gerade an diesem Tage zahlen zu wollen, und der Gläubiger dieses Versprechen acceptirt, und also seine Erwartung ausspricht, an dem bestimmten Tage die Zahlung zu empfangen; und daß auch diese zweite Seite von den Römern nicht verkannt wurde, spricht sich in vielen Stellen aus, vgl. z. B. l. 11. de re judic. (42, 1), wo Celsus lehrt, daß wenn ein bestimmter Zahlungstermin verabredet sei, die litis aestimatio stets sich nach diesem Termin richte, „ex eo enim tempore quidquid aestimatur, *quo novissime solvi poterit*", in welchen letzten Worten doch offenbar liegt, daß die Zahlung höchstens an diesem Termine hätte geschehen müssen, und noch bestimmter drückt diesen Gedanken Gaius in l. 4. de cond. trit. (13, 3) aus: „tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, *quo dari debuit*". In der That bedarf es auch keiner besondern Ausführung, wie natürlich und sachgemäß diese zwiefache Bedeutung der obligatio ex die ist, und wie hätte wohl ein römischer Jurist darüber zweifeln mögen, ob die Stipulation: Kalendis Martiis dare spondes? auch wirklich ein Versprechen des Schuldners involvire, gerade an diesem Tage zahlen zu wollen? Enthält aber hiernach die adjectio diei nicht blos eine Festsetzung der Zeit, wann der Gläubiger fordern darf, sondern auch der Zeit, wann der Schuldner zahlen soll, so ist damit doch gewiß eine justissima causa gegeben, propter quam debitor intelligere deberet, se dare oportere, und es bedarf also sicher zum Eintritt der Mora nicht noch einer besondren Interpellation. — Um Mißverständnisse zu verhüten, mag aber hier noch die Bemerkung Platz finden, daß es allerdings auch möglich ist, daß die adjectio diei eine andre Bedeutung, als die hier angenommene, habe, und wenn z. B. in einem Miethvertrage unter Andrem bedungen ist, es solle das Miethgeld in vierteljährigen Raten zu Ostern, Johanni, Michaeli und Weihnachten bezahlt werden, so wird man nicht wohl als die Meinung des

Gläubigers ansehen können, daß er gerade an diesen Tagen bestimmt die Zahlung erwarte, sondern jener Passus hat doch wohl nur die Bedeutung, die Art und Weise der Zahlungen im Allgemeinen zu bestimmen. In solchen Fällen, die aber immer nur die Ausnahme bilden, und nur aus besondren Gründen angenommen werden dürfen, kann dann freilich von der Regel: dies interpellat pro homine keine Anwendung gemacht werden; vgl. auch Windscheid, Lehrb. §. 278. Anm. 4.

2) Fast nur ein andrer Ausdruck für den bei Nr. 1. gewürdigten Gedanken ist es, wenn die Gegner unsrer Regel die Behauptung aufstellen, daß eine betagte Forderung durch den Eintritt des dies sich in eine unbetagte umwandle, und daß also konsequent, wie bei der letztren die Mora nicht ohne Interpellation entstehe, so auch bei der erstren nach Eintritt des dies die Interpellation erfolgen müsse. Dieser Annahme liegen aber wesentliche Mißverständnisse zu Grunde. Wenn eine Obligation sine die abgeschlossen ist, so hat dies die Bedeutung, daß zunächst nur das Rechtsverhältniß selbst begründet erscheint, über die Zahlungszeit aber gar nichts festgesetzt, sondern die Bestimmung derselben dem Willen des Gläubigers anheim gegeben ist; diesen seinen Willen spricht dann der Gläubiger durch die Interpellation aus, und darum kann bei unbetagten Forderungen wahre Mora nicht ohne Interpellation eintreten. Ist aber der obligatio ein dies solutionis beigefügt, so ist außerdem, daß die Forderung selbst alsbald zur Existenz gekommen ist, auch sogleich noch Bestimmung über die Zahlungszeit getroffen worden, und es kann also, wenn diese Zeit gekommen ist, offenbar nicht verlangt werden, daß der Gläubiger nochmals Bestimmung darüber treffe. Der Satz, daß sich nach Eintritt des dies die betagte Forderung in eine unbetagte verwandle, würde demnach, richtig aufgefaßt, die Absurdität enthalten: wenn die Zahlungszeit vertragsmäßig fixirt ist, so muß bei dem Eintritt dieser Zeit es so angesehen werden, wie wenn jener Vertrag nicht geschlossen wäre, und es muß also jetzt der Gläubiger über diese Zeit nochmals Bestimmung treffen! Zwar hat man dies durch die Erwägung rechtfertigen wollen, daß die frühere Bestimmung der Zahlungszeit noch gar keine Garantie darböte, daß es dem Gläubiger auch jetzt, bei dem Eintritt des Termins, entschieden um die Einhaltung desselben durch den Schuldner zu thun sei, und dies sei doch nothwendig, um den Eintritt der Folgen der Mora als gerecht erscheinen zu lassen, vgl. Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 76. In der That aber vermag ich nicht einzusehen, wie die bloße Möglichkeit, daß das Interesse und der Wille des Gläubigers sich geändert haben könnten, irgend rechtliche Berücksichtigung verdienen könne. — Viel richtiger und sachgemäßer ist der umgekehrte Satz: eine unbetagte Forderung wird durch Interpellation zu einer betagten, und die Wirkungen, welche bei der letztren mit dem Eintritt des vertragsmäßigen dies von selbst Platz greifen, treten also bei der erstren nur erst mit der Interpellation ein.

3) Um unsre Regel zu bekämpfen, hat man sich auch auf den bekannten Grundsatz: diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore berufen, l. 41. §. 1. de V. O., l. 17. de R. J., denn den Schuldner durch dieselbe Thatsache, welche lediglich seinen Nutzen bezwecke, in bedeutende Nachtheile zu verwickeln, sei doch aller ziviliſtischen Konsequenz zuwider. Es bedarf aber für

den Unbefangenen keiner besondern Ausführung, daß die beiden Sätze: diei adjectio pro reo est und dies interpellat pro homine nicht allein in keinerlei Widerspruch stehen, sondern vielmehr gewisser Maaßen ein Kausalitätsnexus unter ihnen Statt findet. Eben weil der Schuldner in der ganzen Zwischenzeit nicht belangt werden kann, sondern ihm dieselbe völlig frei gegeben ist, so daß er ganz gemächlich die etwa nöthigen Vorbereitungen zu rechtzeitiger Zahlung treffen kann, so ist es völlig in der Ordnung, daß, wenn er von dieser Begünstigung keinen Gebrauch machte, die Folgen seines Leichtsinns ihn nun auch treffen müssen.

4) Auch die Analogie bedingter Schuldverhältnisse hat man zur Bestreitung unsrer Regel benutzen wollen. Wie bei diesen es anerkannt Rechtens sei, daß nicht sogleich mit dem Eintritt der Bedingung die Mora des Schuldners beginne, sondern erst noch eine Interpellation nöthig sei, so müsse dies konsequent auch bei betagten Forderungen angenommen werden, denn beide, die betagten wie die bedingten Forderungen, hätten das Gemeinschaftliche, daß dadurch der dies solutionis (der dies veniens) hinausgerückt sei, und das Mehr, was noch die bedingte Forderung habe, daß nämlich dadurch auch der dies obligationis (der dies cedens) suspendirt sei, könne natürlich bei unsrer Frage keinen Unterschied begründen. — Das Wahre ist aber vielmehr, daß die Zufügung der Bedingung schlechthin nicht die Bestimmung hat, die Zahlungs-Zeit zu normiren, sondern dadurch nur festgestellt werden soll, ob und wann das Rechtsverhältniß zur Existenz komme, und tritt nun also die Bedingung ein, so ist es nun vollständig so, wie wenn eine unbedingte obligatio *sine die* abgeschlossen wäre. Daß hier also zum Eintritt der Mora noch eine Interpellation erfordert wird, ist ganz in der Ordnung, und jeder Schluß auf betagte Forderungen ist völlig unzulässig.

5) Einer der neuesten Gegner, Wolff a. a. O. schlägt den Weg ein, daß er die Regel dies interpellat in ihre einzelnen Theile auflöst, und dann diese Theile prüft. In jener Regel liege nämlich, wenn sie wahr sein solle, nothwendig erstens, daß der Schuldner bei der oblig. ex die verpflichtet sei, das schuldige Object dem Gläubiger zu bringen, oder doch mindestens, sich zur Erfüllung zu erbieten, zweitens, daß er verpflichtet sei, das schuldige Objekt unaufgefordert zu bringen, und drittens, daß die Unterlassung hiervon eine solche Kulpa begründe, wie sie zur Mora erforderlich sei. Sobald einer dieser drei Sätze sich als unwahr herausstellen sollte, sei nothwendig die ganze Regel zu verwerfen. Nun sei aber wirklich nicht blos einer, sondern es seien alle drei Sätze falsch, denn der Schuldner sei in der Regel nicht verpflichtet, die Zahlung zu bringen, sondern der Gläubiger habe sie abzuholen; aber auch in den Fällen, wo er die Zahlung bringen müsse, sei es doch Prinzip des römischen Rechts, daß er dies nicht unaufgefordert zu thun verpflichtet sei, und selbst, wenn man auch dies leugnen wollte, so werde doch die Unterlassung hiervon nur in wenigen Fällen dem Debitor zur Kulpa zugerechnet werden können. — Was den ersten dieser drei Sätze anlangt, so soll davon noch am Ende dieser Anm. die Rede sein. Was aber die beiden andern Punkte betrifft, so enthält m. E. die ganze obige Ausführung hinlängliche Belege dafür, daß es allerdings bei

einer obligatio ex die keiner beſondren Aufforderung des Gläubigers mehr bedarf, und daß die Unterlaſſung der Zahlung zur feſtgeſetzten Zeit jedenfalls eine viel größere Verſchuldung des Säumigen vorausſetzt, als die Nichtachtung einer auf augenblickliche Zahlung dringenden Interpellation. —

II. Der bisher aus den allgemeinen Prinzipien der Mora abgeleitete Satz, daß im Falle eines vertragsmäßig anberaumten Zahlungstermins die Mora auch ohne Interpellation eintrete, wird nun allerdings, wie auch ſchon oben bemerkt wurde, durch kein Geſetz unmittelbar beſtätigt, und ſehr viele Stellen, welche die Vertheidiger jenes Satzes zu zitiren pflegen, ſind ohne alle Beweiskraft. Doch gibt es auch eine Reihe von Geſetzen, welche, wenn man ſie ohne Vorurtheil betrachtet, allerdings auf unſere Regel hinweiſen, und die namentlich dann, wenn man ſie nicht einzeln auffaßt, ſondern ſich ihrem Totaleindruck hingibt, wohl die Ueberzeugung zu begründen geeignet ſind, daß es unſerer Regel auch nicht an poſitiver Beſtätigung gebricht, obwohl ſie derſelben gar nicht bedürftig iſt.

1) Schon der geſetzlich anerkannte Grundſatz: „Eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet“, cap. 31. de R. J. in 6to, vgl. l. 1. fin., l. 11. §. 15. 16. de A. E. V. (19, 1) führt unter Berückſichtigung unſerer obigen Ausführungen von ſelbſt dahin, daß es bei einem vertragsmäßig feſtgeſetzten Zahlungstermin keiner Interpellation mehr bedürfe, und dies wird noch insbeſondere in zwei Konſtitutionen Juſtinian's hervorgehoben. In l. 12. C. de contrah. stip. (8, 38) entſcheidet nämlich Juſtinian die Streitfrage, ob es bei einer Pönalſtipulation unter einem dies certus zum Verfalle der Strafe noch einer beſondern Mahnung bedürfe, im Sinne vieler früheren Juriſten (vgl. Huſchke in Gießer Zeitſchr. N. F. IV. S. 449 fgg.) verneinend:

> „Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, *quum ea, quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat*“,

und in l. 2. C. de jure emphyt. (4, 66) verordnet er wenige Monate nachher, und mit ſpezieller Berufung auf l. 12. cit., daß der Emphyteuta, welcher drei Jahre lang mit der Zahlung des Kanon im Rückſtande ſei, die Emphyteuſe verlieren ſolle, wenn auch keine Mahnung erfolgt ſei,

> „*quum neminem oportet conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis* (l. 12. cit.) *generaliter cautum est*“.

Dieſelbe Verordnung wiederholt dann Gregor IX. für kirchliche Emphyteuſen im Falle zweijährigen Rückſtandes in cap. 4. X. de loc. et cond. (3, 18):

> „Emphyteuta — — — cessando in solutione canonis per biennium nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, juste potuisset expelli, non obstante, quod ei ut canonem solveret, non extitit nunciatum, *quum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet*“.

Bei dieſen Geſetzen iſt es nicht der diſpoſitive Inhalt, der für unſere

Frage von Bedeutung ist — denn die hier an den Ablauf des dies angeknüpften Folgen, Verfall der Konventionalstrafe und Verlust der Emphyteuse, setzen keine eigentliche Mora voraus —, sondern es ist die Art und Weise der Begründung. Augenscheinlich wird hier nämlich wiederholt der Gedanke ausgesprochen, daß bei einem vertragsmäßig fixirten Zahlungstermin der Schuldner unaufgefordert zu zahlen verpflichtet sei; und dieser Gedanke wird nicht etwa nur gelegentlich hingeworfen, sondern er wird geradezu in l. 2. sit. als ein gesetzlich anerkanntes Prinzip ausgesprochen. Freilich hat man wohl eingewendet, daß auf diese Motivirung in l. 2. cit. um so weniger Gewicht gelegt werden dürfe, weil da der Ausdruck so allgemein sei, daß man darnach alle und jede Interpellation, selbst auch bei unbetagten Forderungen, für überflüssig erklären müßte, was doch unmöglich im Sinne Justinian's liegen könnte; aber dieser Einwand ist ganz ungehörig, denn die scheinbar allgemeine Ausdrucksweise findet in dem übrigen Inhalt des Gesetzes, wo gerade von einer betagten Forderung die Rede ist, und in der Berufung auf l. 12. cit. ihre bestimmte Beschränkung auf betagte Forderungen. Und eben so hat man gegen cap. 4. X. cit. einwenden wollen, daß da die Regel dies interpellat ausdrücklich nur für einen einzelnen besondern Fall („in hoc casu") anerkannt sei, und daraus also vielmehr ein gewichtiges Argument gegen ihre allgemeine Anwendbarkeit entnommen werden könne; aber ich kann nicht einsehen, weßhalb die Worte „in hoc casu" exklusiv genommen werden müßten, sondern der Papst will gewiß nur die allgemeine Regel dies interpellat auf den einzelnen Fall anwenden („da in diesem Falle die Regel dies interpellat pro domino Anwendung findet"), und diese Auslegung wird um so unzweifelhafter, da zu Gregor's IX. Zeiten jene Regel wirklich unbestritten als allgemein giltig anerkannt wurde. — Das Resultat ist dies: in den zitirten Gesetzen ist zwar nicht gesagt, daß bei betagten Forderungen zum Eintritt der Mora keine Interpellation nöthig sei — denn sie reden gar nicht von der Mora —, wohl aber ist es da in ganz unzweideutiger Weise als allgemeiner Grundsatz anerkannt, daß bei betagten Forderungen der Schuldner unaufgefordert zahlen und sich bei dem Eintritt des dies von selbst an seine Pflicht erinnern müsse. Diesen Grundsatz, dessen Allgemeinheit Justinian geflissentlich hervorhebt („generaliter cautum est"), blos auf die einzelnen Anwendungsfälle beschränken zu wollen, die in den zitirten Gesetzen vorkommen, gibt es keinen genügenden Grund, und wir sind sicher berechtigt, denselben auch in der Lehre von der Mora in Anwendung zu bringen. Verbinden wir nun demgemäß damit den schon oben benutzten Ausspruch des Celsus in l. 5. de R. C., wornach eine Mora namentlich dann angenommen werden soll, „si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberet, se dare oportere", so läßt sich doch nicht verkennen, daß die Prämissen, von denen wir oben in No. I. bei Konstruktion der Regel dies interpellat pro homine ausgingen, auch in den Gesetzen ihre volle Anerkennung gefunden haben.

2) Außer jenen allgemeinern Aussprüchen, die mit Konsequenz zu unsrer Regel hinführen, gibt es auch noch mehrere spezielle Gesetze, die völlig genügend nur dann erklärt werden dürften, wenn wir dabei unsre Regel voraussetzen. Es möchten dies namentlich folgende sein:

a) *Up.* l. 114. de V. O. (45, 1):

„Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus *ea die* praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, *moram* factam non esse".

Offenbar wird hier sogleich mit Ablauf des Lieferungstags eine Mora angenommen, und wenn die Gegner meinen, in den Worten: per promissorem steterit liege eine Hinweisung darauf, daß doch auch eine Interpellation vorgekommen sein müsse, so ist diese Annahme nicht nur willkürlich, sondern unmöglich, weil doch die Interpellation immer erst nach Ablauf des Tages geschehen könnte, hier aber die Mora sogleich mit Ablauf des dies angenommen wird. Durch die Worte: per promissorem steterit will der Jurist vielmehr nur ausdrücken, daß die Schuld der Nichtablieferung den Debitor treffen müsse, und so kann freilich nicht von einer Mora desselben die Rede sein, wenn der Kreditor an jenem Tage ganz weggeblieben ist, oder die Empfangnahme verweigert hat.

b) *Pompon.* l. 33. eod.:

„Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor".

Wie nahe hier der Schluß liegt, daß, wenn der Sklave post diem gestorben sei, der Debitor allerdings hafte, daß also mit dem Ablauf des Zahlungstags die obligatio perpetuirt worden, und folglich eine Mora vorhanden sei, bedarf keiner näheren Ausführung.

c) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 10. C. de A. E. V. (4, 49):

„Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes".

Wenn man nicht mit den Gegnern von willkürlichen Suppositionen ausgeht, sondern sich einfach an Wort und Inhalt des Reskripts anschließt, so sagen die Kaiser: wenn der Verkäufer die Waare nicht an dem vertragsmäßig festgesetzten Tage abliefert, so kann der Käufer unbedenklich deßhalb eine Interesse-Forderung geltend machen, offenbar, weil der Verkäufer ohne Weiteres mit dem Ablauf des tempus placitum sich in einem Verzuge befindet.

d) In mehreren Stellen wird für den Fall, daß der Schuldner den festgesetzten Zahlungstermin nicht eingehalten hat, ausdrücklich von einer Mora geredet, vgl. namentlich l. 8. si quis caution. (2, 11) [„*e mora*"], l. 40. de R. C. (12, 1) [„ex eo tempore, quo *moram* facit"], l. 135. §. 2. de V. O. [„nec mulieris quidquam *propter eam moram* interesset"]. Besonderes Gewicht lege ich freilich auf diese Stellen nicht, weil der Ausdruck *mora* nicht selten auch für die blos objektive Mora gebraucht wird, und dies auch hier der Fall sein könnte, was um so leichter möglich ist, da wirklich in diesen Stellen von vertragsmäßigen Nachtheilen, nicht von den gesetzlichen Folgen der eigentlichen Mora die Rede ist. Ganz ohne Bedeutung sind aber solche wiederkehrende Ausdrücke nicht, weil jene vulgäre Bedeutung von mora doch immer die ungewöhnlichere, und es natürlicher ist, anzunehmen, daß das Wort in seinem technischen Sinne gebraucht sei.

3) Zu weiterer Bestätigung unsrer Regel mag endlich hier auch noch angeführt werden, daß auch bei den Byzantinern nach Justinian dieselbe unbedenklich angenommen wurde, vgl. namentlich Schol. ad Basil. XXIII. 1. 5. (bei *Fabr.* tom. III. p. 245. sch. i, bei *Heimb.* tom. II. p. 593. schol. 4):

„Cum audis Jureconsultum dicentem: *si scire debeat*, intellige, certum tempus solutioni adjectum esse, cit. lib. 48. tit. 5. cap. 12. Fortasse enim in diem certum promiserat, et ab eo tempore in mora esse videtur, etiamsi eum non interpellavero, postquam dies exiit. Neque enim hoc mihi facere licet, quia dies certus est. Et quaere etc.“,

und ähnlich Schol. ad Harmenop. lib. III. tit. 3. §. 43. (in Meerm. thes. VIII. p. 171, in der Ausgabe von Heimbach p. 854):

„Quoniam qui ad diem solvere promisit, interpellationem exspectare non debet, alioquin conventam luit poenam. Disce regulariter, neminem eorum, qui quid ad certum diem praestare debent, excusari, si non solvat, dicendo: idcirco non solvi, quod monitus non fui. Qui enim ad diem debet, ipse monere se debet, neque creditoris commonitionem expectare, quemadmodum ex aliis quoque multis locis discere licet“. Vgl. auch Zachariä v. Lingenthal in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 134, (wo dieses Schol. als „eine noch ungedruckte“ Stelle aus dem Digesten-Kommentar des Stephanus aus einer Pariser Handschrift mitgetheilt wird).

III. Sodann aber müssen hier auch noch die Gesetze betrachtet werden, durch welche man die Unhaltbarkeit unsrer Regel zu beweisen versucht hat, wobei selbstverständlich solche Stellen außer Betracht bleiben, welche offenbar irrelevant, und auch von den bessern Gegnern selbst aufgegeben sind. Ich werde daher in Folgendem nur diejenigen Gesetze anführen, welche der gründlichste und ausführlichste Vertheidiger der gegentheiligen Meinung, v. Schröter, in seinen beiden oben zitirten Abhandlungen als besondere Stützen seiner Ansicht bezeichnet hat.

1) Zunächst beruft sich v. Schröter auf eine Reihe von Gesetzen, wornach allgemein zum Eintritt der Mora Interpellation erfordert werde, l. 24. §. 2 l. 32. pr. §. 1. h. t., l. 2. de naut. foen. (22, 2), l. 36. §. 3. de legat. I, l. 24. quando dies legator. (36, 2), l. 23. de O. et A. (44, 7), l. 23. 24. 49. §. 3. de V. O. (45, 1). In allen diesen Stellen werde jenes Erforderniß ohne alle Beschränkung, ohne alle Unterscheidung zwischen unbetagten und betagten Forderungen ausgesprochen, und erwäge man nun, daß die betagten Forderungen mindestens die eine Hälfte aller Forderungen ausmachten, so könne man gewiß nicht jene Gesetze mit dem alten Spruch: nulla regula sine exceptione abfertigen, sondern man müsse darin ein dringendes Argument sehen, daß auch bei betagten Forderungen Interpellation nöthig sei. — Dagegen ist einfach Folgendes zu erwidern. Jede Tagesbestimmung ist eine besondere Modifikation einer obligatio, nicht anders, wie die Zufügung einer Bedingung, eines Modus u. dgl. Wenn aber in den Quellen allgemeine Grundsätze über Obligationen aufgestellt werden, so gelten diese begreiflich zunächst nur für die reinen, nicht besonders modifizirten Obligationen, und dabei kann es auch ganz

und gar keinen Unterschied machen, ob solche Modifikationen häufig vorkommen oder nicht. So versteht es sich denn auch von selbst, daß jene gesetzlichen Aussprüche über die Nothwendigkeit einer Interpellation zunächst nur auf reine, unbetagte Schuldverhältnisse zu beziehen sind, und es also, ungeachtet der scheinbar allgemeinen Ausdrucksweise, doch ganz wohl damit verträglich ist, daß bei besonders modifizirten, namentlich bei betagten, Obligationen wegen besondrer Gründe andre Grundsätze gelten. Jene Stellen könnten nur dann gegen unsre Regel beweisen, wenn sich besonders nachweisen ließe, daß sie auch auf betagte Forderungen Bezug hätten, was aber so wenig der Fall ist, daß vielmehr bei den meisten derselben offensichtlich gerade unbetagte Forderungen bestimmt vorausgesetzt werden.

2) Außerdem stützt sich Schröter noch besonders auf l. 26. §. 1. und l. 53. pr. de fideic. libert. (40, 5), denn da hier speziell zu Gunsten der *libertas fideicommissaria* mit dem festgesetzten Tage eine Mora angenommen werde, so könne dies nicht schon als allgemeines Recht gelten. Offenbar aber ist in jenen Stellen gar nicht von einem besonders festgesetzten Tage, sondern nur von dem gewöhnlichen dies fideicommissi *veniens*, d. h. dem dies hereditatis aditae die Rede, und von diesem an wird hier allerdings ausnahmsweise eine Art von Mora angenommen.

3) Ferner beruft sich Schröter auf l. 3. C. in quib. caus. in int. rest. (2, 41), l. 5. C. de A. E. V. (4, 49), l. 87. §. 1. de legat. II, vgl. auch l. 17. §. 3. de usur. (22, 1), l. 3. §. 2. de alim. legat. (34, 4), denn in diesen Stellen werde speziell für Minderjährige zu Gunsten der *minor aetas* angenommen, daß schon mit dem festgesetzten dies eine Mora für die Schuldner des Minderjährigen anfange. Augenscheinlich ist aber auch in diesen Gesetzen gar nicht von einem besonders festgesetzten Zahlungstag die Rede, sondern es wird da nur der allerdings singuläre Satz ausgesprochen, daß die Schuldner der Minderjährigen immer schon, also namentlich auch, wenn kein Zahlungstag festgesetzt ist, mit dem Augenblick der Fälligkeit der Schuld, Zinsen, wie wenn sie in mora wären, zahlen sollen (eine wahre mora ex re mit allen Wirkungen derselben, wie Viele annehmen, läßt sich aus den obigen Gesetzen doch schwerlich begründen, vgl. Wolff §. 9, Mommsen S. 120 fgg., Heimbach S. 903 fgg.).

4) Das Argument aus l. 17. §. 4. h. t.

> *Paul.* „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet“,

verschwindet von selbst, wenn man nur nicht auf willkürliche Weise supponirt, daß hier ein besondrer Zahlungstermin anberaumt gewesen sei. Vielmehr sagt Paulus ganz einfach: wenn der Miether mit Zahlung des Miethgelds zögert, so kann er, wenn nicht etwa Zinsen bedungen sind, nur unter Voraussetzung einer Mora zur Zinszahlung angehalten werden. Das also wird freilich hierdurch bewiesen, daß nicht jede verzögerte Zahlung eine Mora ist, aber dies wird auch von Niemanden geleugnet; was aber zur Mora erforderlich sei, darüber findet sich in jener Stelle auch nicht die mindeste Nachweisung.

5) Endlich kann auch l. 49. §. 3. de V. O. (45, 1):

Paul. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse“,

unsre Regel nicht umstoßen, denn es ist da nur der gewiß wahre Satz ausgesprochen, daß eine Interpellation vor dem festgesetzten Zahlungstermin keine Mora für den Schuldner begründen könne, woraus doch unmöglich gefolgert werden kann, daß nach dem Zahlungstag zum Eintritt der Mora Interpellation nöthig sei. Und wenn man, um unsre Regel aus dieser Stelle zu widerlegen, auch noch annimmt, daß da vorausgesetzt werde, der Sklave sei post diem verstorben, so ist dies eben nur eine ganz willkürliche Suppositon. Vielmehr ist es augenscheinlich das Natürlichste, das „ante diem“ nicht blos mit dem „interpellatus sit“, sondern auch mit dem „servus decesserit“ in Verbindung zu bringen, und wenn dies auch blos möglich wäre, so würde dadurch jede Beweiskraft der Stelle elidirt.

Aus diesen wesentlichen Gründen bin ich der Meinung, daß die Regel: dies interpellat pro homine kein „alter Irrthum“ sei, sondern daß sich mit vollstem Rechte von jeher die herrschende Lehre für dieselbe entschieden hat. Dieselbe ist auch durch eine seit Jahrhunderten unwandelbar feststehende Praxis so sehr in unsrem Rechtsleben eingewurzelt, daß es wahrlich stärkerer Gründe, als die bisher dagegen vorgebrachten sind, bedürfte, um dieselbe daraus zu verdrängen. Ja, ich bin der Ueberzeugung, daß selbst dann, wenn sich nachweisen ließe, daß die Regel im römischen Rechte nicht begründet sei, sie doch h. z. T. als Gewohnheits-Recht vollkommen Anspruch auf Geltung hätte, denn gerade hier läßt sich gewiß mit vollstem Rechte sagen, daß die eigentliche Quelle dieser communis opinio nicht in einer etwa irrigen Auslegung des römischen Rechts zu suchen sei, sondern in einem gemeinsamen Rechtsgefühl, wornach eine solche Regel als die Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses erscheinen mußte; vgl. auch Mommsen S. 104 fgg., Heimbach S. 892 fgg., Arndts §. 251. Not. 6, Windscheid §. 278. Not. 5, Busch, Stimmen der Praxis S. 24. Daß unter solchen Voraussetzungen selbst ein an und für sich irriger Satz durch Gewohnheitsrecht gleichsam sanktionirt werden könne, erkennt auch namentlich Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 68 fgg. an, obwohl derselbe freilich gerade bei unserer Frage anderer Meinung ist, ebendas. S. 76 fgg., vgl. auch Schröter a. a. O. IV. S. 128 fgg.

Zum Schluß mag hier noch ein Punkt in Erwägung gezogen werden, der auch schon bei der hier behandelten Kontroverse zur Sprache gebracht ist. Es gibt nämlich unzweifelhaft viele Schuldverhältnisse, bei welchen der Debitor, sei es wegen Beschaffenheit des Objekts (z. B. wenn Immobilien Gegenstand der Leistung sind), oder wegen sonstiger Natur der obligatio, nicht verpflichtet ist, den schuldigen Gegenstand dem Gläubiger zu bringen, sondern dieser vielmehr ihn abholen muß. Und für Fälle dieser Art hat man nun schon die Behauptung aufgestellt, daß dabei in keinem Falle von unsrer Regel Anwendung gemacht werden könne, vgl. z. B. *Ratjen* l. c. p. 32, Wolff a. a. O. S. 322 fgg. In der That kann ich aber auch nicht den mindesten genügenden Grund für eine

solche Behauptung auffinden, sondern ich nehme unbedenklich an, daß auch in solchen Fällen die Mora ohne Interpellation eintritt, vorausgesetzt natürlich, daß die sonstigen Erfordernisse der Mora begründet sind. Wenn also freilich an dem festgesetzten Tage der Gläubiger weder in Person noch durch einen Bevollmächtigten erschienen ist, um das schuldige Objekt in Empfang zu nehmen, so kann trotz des Ablaufs des Tags von Mora keine Rede sein, *„quia non per promissorem stetit*, quo minus ea die praestetur", l. 114. de V. O. War aber der Gläubiger bereit und es liegt also wirklich am Schuldner, daß die Leistung zur bestimmten Zeit nicht erfolgt, so muß auch sogleich mit Ablauf derselben Mora angenommen werden, obwohl keinerlei Interpellation vorgekommen ist. Man wende nicht ein, daß hier immer schon in der Gegenwart und Bereiterklärung des Gläubigers eine Interpellation enthalten sei. Wäre dies richtig, so würde für Fälle solcher Art kein wahrer Streit zwischen den Vertheidigern und den Gegnern der Regel sein, weil dann immer dies interpellans und homo interpellans zusammenträfen. In der That ist aber jene Behauptung unrichtig, und um das zu erkennen, braucht man sich nur an den, auch von den Gegnern stets angenommenen Satz zu erinnern, daß eine wirksame Interpellation immer erst nach Ablauf des Zahlungstags geschehen könne. Denken wir uns also z. B. daß der Gläubiger, welcher an dem bestimmten Tage an dem Ablieferungsorte erschienen ist, dem aber der Schuldner die Leistung bestimmt verweigerte, wieder abgereis't ist, ohne erst nach Ablauf des Tags mit dem Schuldner nochmals zu verhandeln, so kann von einer wirksamen Interpellation keine Rede sein, und die Gegner müssen hier also auch eine Mora in Abrede stellen. Nach unsrer Ansicht muß dagegen allerdings eine Mora angenommen werden, weil auch in Fällen solcher Art die Regel dies interpellat pro homine Anwendung finden muß. Einen positiven Beleg dafür enthält auch die schon oben zitirte l. 114. de V. O., wo gerade von Ablieferung eines fundus, also gewiß von einem Falle die Rede ist, in welchem der Schuldner nicht zu einem Bringen verpflichtet sein kann.

Anm. 3. Sehr bestritten ist es, ob der säumige Schuldner unbedingt vom Augenblicke der Mora das periculum tragen, oder ob dies nicht vielmehr dahin gemildert werden müsse, daß er dann davon befreit werde, wenn jener Nachtheil den Gläubiger doch jedenfalls getroffen hätte, auch wenn der Schuldner nicht in mora gewesen wäre? Schon die Glossatoren waren hierüber verschiedener Meinung, Gl. ad l. 12. §. 3, l. 14. §. 1. depos., *Haenel*, dissens. Dom. p. 138. §. 23, und wenn auch die mildere Meinung des Martinus von jeher die meisten Vertheidiger fand, und namentlich auch in unsern Tagen von den Meisten angenommen wird, so hat es doch auch der strengern Lehre des Johannes in keiner Zeit an Anhängern gefehlt, und neuerlich ist dieselbe sehr ausführlich von v. Madai §. 46 fgg. S. 284 fgg. in Schutz genommen worden; vgl. auch über die Geschichte dieser Kontroverse die zahlreichen Nachweisungen bei Madai S. 289 fgg. Ich kann, trotz der sorgfältigen Ausführungen Madai's, dem auch Schilling in der angef. Rez. S. 253 fgg. und Fritz zu Wening II. S. 359 fgg. beistimmen, keinen genügenden Grund einsehen, die herrschende Lehre zu verlassen. Der wesentliche Fehler der Madai'schen Darstellung

scheint mir hierbei der zu sein, daß er die s. g. perpetuatio obligationis als selbstständiges Prinzip an die Spitze der Lehre von den Wirkungen der Mora stellt, und daraus dann die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners als konsequente Folge deduzirt; denn, sagt er, nach dem Prinzip der perpetuatio obligationis ist durch die Mora die Sache als eine ewige, unvergängliche gedacht, also der absolute Werth derselben, die aestimatio, Inhalt der obligatio geworden, und auf diesen nunmehrigen Inhalt der obligatio muß es ohne Einfluß bleiben, ob die Sache auch bei dem Gläubiger zu Grunde gegangen wäre, und ob der Kreditor sie in diesem Falle hätte veräußern können, oder nicht. — In der That ist aber in jener s. g. perpetuatio obligationis gar kein selbstständiges Prinzip enthalten, sondern dieselbe ist nur eine Konsequenz des höhern Grundsatzes, daß der säumige Schuldner wegen seiner Kulpa verpflichtet ist, dem Gläubiger das gesammte Interesse zu vergüten, d. h. daß er alles das dem Gläubiger zu leisten hat, was dieser ohne jene Mora gehabt hätte; (s. jedoch auch Reuner, Privatrechtsverh. S. 178 fgg.). Aus diesem Grundsatze, aus welchem sich alle Wirkungen der Mora mit Leichtigkeit ableiten lassen, folgt unter Anderm auch die s. g. perpetuatio obligationis, welche aber, als bloser Folgesatz, von selbst die Beschränkungen in sich trägt, welche durch jenen höhern Grundsatz bedingt sind. Gehen wir nun demgemäß bei unsrer Frage nicht von diesem bloßen Folgesatz, sondern von jenem höheren Grundsatze aus, so leuchtet von selbst ein, daß, wenn die res debita jedenfalls auch bei dem Gläubiger untergegangen wäre, und dieser sie auch nicht vorher veräußert hätte, durch die Mora des Schuldners der Gläubiger gar keinen wahren Schaden erlitten hat, und er also auch keine Vergütung in Anspruch nehmen kann, d. h. daß die s. g. perpetuatio obligationis unter den angegebenen Voraussetzungen eine Ausnahme leiden muß. Dieser Satz findet auch seine genügende positive Bestätigung in einer Reihe von Stellen, vgl. l. 14. §. 11. quod met. causa (4, 2), l. 40. pr. de hered. pet. (5, 3), l. 15. §. 3. de R. V. (6, 1), l. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4), l. 14. §. 1. depos. (16, 3), l. 47. §. 6. de legat. I. Geht man freilich mit v. Madai von dem Gedanken aus, daß die hier angedeutete Modifikation jener perpetuatio obligationis eine Singularität sein würde, so lassen sich allenfalls diese Stellen künstlich wegdeuteln, wie dies namentlich auch v. Madai und Fritz a. d. a. O. versuchen; muß man aber in jener Modifikation eine durchaus konsequente Anwendung eines höheren Prinzips anerkennen, dann enthalten jene Stellen einen vollgültigen Beweis für die auch im positiven Rechte anerkannte Realität jener Modifikation. Dagegen kann auch nichts entscheiden, daß in einer ganzen Reihe von Stellen, ohne besondre Angabe jener Beschränkung, die Perpetuirung der obligatio als Folge der Mora ausgesprochen wird, vgl. l. 5. pr. de R. C. (12, 1), l. 25. sol. matr. (24, 3), l. 39. §. 1, l. 108. §. 11. de legat. I., l. 23, l. 82. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 58. §. 1. de fidej. (46, 1), l. 31. pr. de novat. (46, 2), l. 3. C. de usur. (6, 47); denn darin liegt nur, daß die perpetuatio obligationis die Regel ist, ohne daß damit irgend etwas über das Dasein oder Nichtdasein jener Ausnahme bestimmt wäre. Gewiß mit Recht haben sich daher auch die meisten Späteren gegen Madai erklärt; vgl. z. B. Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 20 fgg., Mühlenbruch, Lehrb.

§. 357. Not. 4, Puchta, Pand. §. 268, Unterholzner I. S. 121 fgg., Wolff a. a. O. S. 462 fgg., Sintenis Anm. 44, Holzschuher cit. ad 6, *Molitor* cit. I. p. 446 sqq., Buchka, Einfluß des Proz. auf die mat. Rechtsverh. I. S. 202 fgg., Wächter, Erörtr. H. 3. S. 133, und im Wesentlichen auch Savigny, Syst. VI. S. 170 fgg., beſ. S. 188 fgg.; ſ. auch Mommſen, Beiträge zum Obl. R. I. S. 268 fgg., III. S. 183 fgg., Heimbach S. 943 fgg., Windſcheid, Lehrb. §. 280. Not. 15. — Was noch die Beweislaſt anbelangt, ſo ergibt ſich aus der bisherigen Darſtellung von ſelbſt, daß der ſäumige Schuldner, um von der Verbindlichkeit zur Erſatzleiſtung befreit zu werden, den Beweis übernehmen muß, daß die Sache, auch wenn ſie zu rechter Zeit an den Gläubiger abgeliefert wäre, doch zu Grunde gegangen, und dieſelbe auch vom Gläubiger nicht verkauft ſein würde; denn, wenn viele Aeltere in der letztren Beziehung andrer Meinung ſind, und vielmehr den Gläubiger zum Beweis verpflichten, daß er die Sache veräußert haben würde, wenn er ſie zu rechter Zeit gehabt hätte, ſo hatte dies wohl nur in den früher ſo verbreiteten Irrthümern über den Beweis von Negativen ſeinen Grund; vgl. auch Holzſchuher a. a. O. und die dort zahlreich Genannten, u. ſ. noch Buchka a. a. O. S. 210 fgg., Savigny cit. S. 188 fgg., Mommſen III. S. 190 fg., Windſcheid a. a. O.

Manche Vertheidiger der richtigen Anſicht nehmen aber doch wenigſtens bei dem Dieb und dem gewaltſamen Beſitzer eine Ausnahme an, indem ſie dieſe unbedingt für jeden Zufall haften laſſen, ſelbſt wenn derſelbe ſicher auch den Eigenthümer getroffen hätte, vgl. z. B. Mühlenbruch und Buchta a. d. aa. OO., *Krug*, selecta de cond. furt. capita p. 23 sqq., Sintenis cit. Anm. 45, *Molitor* I. p. 445. u. A. m. Ich muß die Richtigkeit dieſer Ausnahme bezweifeln. Zwar iſt es an ſich gar nicht unnatürlich, daß ſolche Verbrecher härter behandelt würden, als der bloſe ſäumige Schuldner, wie es denn auch wirklich einmal von einem ſolchen heißt: „quia ex ipso tempore delicti *plus quam frustrator* debitor constitutus est“, l. 19. de vi (43, 16), und ferner iſt nicht zu leugnen, daß in vielen Stellen ganz allgemein der Grundſatz ausgeſprochen wird, daß der Dieb und gewaltſame Beſitzer für den Zufall einſtehen müßten, vgl. l. 7. §. 2, l. 8. §. 1, l. 16, l. 20. de cond. furt. (13, 1), l. 50. pr. de furt. (47, 2), l. 2. C. de cond. furt. (4, 8), l. 9. C. de furt. (6, 2) — l. 1. §. 34, l. 19. de vi (43, 16), l. 7. C. de cond. ob turp. caus. (4, 7). Aber gewiß ſind dieſe ſcheinbar allgemeinen Ausſprüche nur mit derſelben Beſchränkung zu verſtehen, wie die oben angeführten Stellen, welche denſelben Satz eben ſo allgemein für den ſäumigen Schuldner ausſprechen. Dies geht theils daraus hervor, weil die zitirten Geſetze die da ausgeſprochene Verpflichtung des Diebs zur Uebernahme des Perikulum gerade auf den Grund zurückführen, „quia fur semper *moram facere intelligitur*“, woraus doch gewiß gefolgert werden muß, daß ein Dieb oder gewaltſamer Beſitzer gerade ſo, wie ein ſäumiger Schuldner haften ſolle, alſo ſicher auch mit derſelben Beſchränkung; theils aber ſpricht dafür auch noch ein beſtimmtes Quellenzeugniß, nämlich die l. 14. §. 11. quod met. c. (4, 2):

Ulp. „Sed etsi non culpa ab eo, quocum agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus,

sicut in interdicto Unde vi, vel Quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset",

denn die Hinweisung auf das interd. Unde vi nicht auch auf die hier angegebene Beschränkung der Haftpflicht beziehen zu wollen, ist doch gewiß willkürlich. Vgl. auch Thibaut, Syst. §. 99, v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 242, Roßhirt, gem. deutsches Zivilr. §. 363, Buchka I. S. 208 fgg., Mommsen III. S. 197 fg. u. A. m.

Anm. 4. Ueber die Aufhebung der Mora durch Novation s. unten §. 619. Anm. 2.

B) Wirkungen der Zahlung. §. 589.

Anm. Wenn mehrere Schuldposten vorhanden sind, und die gemachte Zahlung nicht zur Deckung aller hinreicht, so entsteht die Frage, welche dieser mehreren Schulden als vorzugsweise getilgt angenommen werden müsse? Vgl. *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XVI. c. 12. nr. IV. sqq. (in opp. IV. p. 791 sqq.), *Averan.*, interpr. jur. V. 32, *Mittag*, de solut. quae fit ab eo, qui ex plurib. caus. deb. alter. exist. Rost. 1795, *Gmelin*, de graviori causa in quam a debitore ex plurib. caus. solutio facta esse praesumatur. Tub. 1801, Funcke, Beiträge Nr. 4. S. 190 fgg., v. Buchholtz, jur. Abh. Nr. 28. S. 347 fgg., Fritz zu Wening Bd. II. S. 391 fgg., Unterholzner I. S. 463 fgg., Sintenis II. §. 103. Not. 12 fgg., Steiner in Schering's Arch. II. Nr. 14. S. 210 fgg. Hierbei ist vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Schuldner die Zahlung leistet, oder ob der Gläubiger sich selbst bezahlt macht (etwa durch Verkauf von Pfändern).

I. Wenn die Zahlung von dem Schuldner selbst ausgeht, so gilt

1) die natürliche Regel, daß derselbe auch frei bestimmen darf, welche Schuld er mit der gemachten Zahlung tilgen wolle, und der Gläubiger ist, sofern nur eine solche Bestimmung in continenti erfolgte, schlechthin daran gebunden, l. 1, l. 101. §. 1. de solut. (46, 3), l. 1. C. eod. (8, 43). Nur versteht es sich von selbst, daß die Zahlung, welche der Schuldner wählt, auch alle Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Zahlung haben muß, und wenn also der Gläubiger dann, wenn der gewählte Schuldposten der einzige wäre, die Annahme verweigern dürfte, so steht ihm dasselbe Recht auch dann zu, wenn noch mehrere andre Forderungen damit zusammentreffen. Würde also z. B. die Zahlung in Betreff des vom Schuldner gewählten Postens nur als Stückzahlung erscheinen, oder wären dabei etwaige Ortsbestimmungen nicht gewahrt u. dgl. m., so braucht sich der Gläubiger jene Wahl nicht gefallen zu lassen; aber doch hat er auch in solchen Fällen nicht das Recht, der Zahlung eine andre Bestimmung anzuweisen, sondern er darf stets nur die Annahme verweigern, ohne deshalb eine mora accipiendi befürchten zu müssen; nimmt er aber an, dann muß er sich unbedingt der Bestimmung des Schuldners unterwerfen. — Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, ob der Schuldner

dann, wenn Kapital und Zinsen fällig sind, das Recht habe, die Zahlung auf das Kapital anzurechnen? Da nämlich Kapital und Zinsen als ein Schuldposten angesehen werden müssen, — weshalb auch der Schuldner nur dann, wenn er beides zusammen offerirt hat, zur Deposition berechtigt ist, l. 19. C. de usur. (4, 32) —, so würde die Zahlung auf das bloße Kapital als eine Stückzahlung erscheinen, und darf als solche vom Gläubiger zurückgewiesen werden; nimmt er sie aber an, dann muß er sie auch, wie es der Schuldner bestimmt hat, auf das Kapital anrechnen, und die entgegenstehende Meinung von Funcke a. a. O. S. 206 fgg., daß er sie dennoch auf die Zinsen schlagen dürfe, widerspricht nicht nur allgemeinen Grundsätzen, sondern auch speziellen gesetzlichen Aussprüchen, vgl. l. 102. §. 1. de solut., l. 21. C. de usur. (4, 32). — Geschähe die Abschlagszahlung „auf Kapital und Zinsen", so hat eine derartige Erklärung nicht etwa den Sinn, daß auf beides verhältnißmäßig, und noch weniger den, daß zuerst auf das Kapital, und dann auf die Zinsen abgerechnet werden solle, sondern es darf umgekehrt der Gläubiger die Zahlung zuerst auf die Zinsen rechnen, und nur das Uebrigbleibende schlägt er dann auf das Kapital, l. 5. §. 3, l. 6. de solut.; zwar ist in diesen Stellen von dem Falle die Rede, wenn der Gläubiger verspricht, „in sortem et usuras se accipere", aber es scheint mir unzweifelhaft, daß dasselbe auch angenommen werden muß, wenn der Schuldner erklärt „in sortem et usuras se solvere", denn auch hier paßt der Grund des Paulus in l. 6. cit.: „nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id, quod agi videtur".

2) Hat der Schuldner keine Bestimmung getroffen, so geht das Wahlrecht auf den Gläubiger über, l. 1. de solut., l. 1. C. eod. (8, 43), welcher es jedoch ebenfalls in continenti ausüben muß, l. 1. 2. 3. de solut., und insofern dabei beschränkt ist, daß er die Zahlung nicht auf eine noch illiquide, oder noch nicht fällige, oder auf eine bloße Bürgschafts-Schuld abrechnen darf, l. 1. cit., welche offenbar kurrumpirte Stelle doch wohl so gelesen werden muß:

> „Quoties vero non dicimus id, quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, id est non in id debitum, quod est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat; aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret".

Vgl. die Nachweisungen bei v. Buchholtz a. a. O. S. 351. Not. 7. — Sind diese Schranken gewahrt, aber der Debitor protestirt dennoch gegen die vom Gläubiger gemachte Bestimmung, so darf nun zwar der Letztre seinen Willen nicht durchsetzen, sondern der Schuldner kann die Zahlung zurücknehmen, l. 2. de solut., aber unzweifelhaft ist dann derselbe sogleich in Betreff des vom Gläubiger designirten Schuldpostens in einer mora solvendi.

3) Sind von keiner Seite besondere Erklärungen vorgekommen, und es handelt sich um Kapital und rückständige Zinsen, so werden immer die letztren als vor dem Kapital bezahlt angenommen, l. 5. §. 2. 3, l. 6, l. 48. fin. de solut., l. 1. C. eod., vorausgesetzt, daß dieselben nicht blos naturaliter geschuldet

werden, denn wenn dies der Fall ist, so muß die Zahlung zunächst auf das Kapital abgerechnet werden, l. 5. §. 2. cit. Handelt es sich aber um mehrere verschiedene Kapitalschulden, so gilt vor Allem die Regel, daß die Zahlung immer nur auf liquide und schon fällige Forderungen bezogen werden darf, l. 1, l. 3. §. 1, l. 103. de solut. Diese liquiden, fälligen Schulden werden aber in folgender Ordnung als bezahlt angenommen:

a) Vor allen kommen natürlich die an die Reihe, bei denen besonders ausgemacht ist, daß sie vor den andern bezahlt werden sollen, l. 89. §. 2. de solut.

b) Dann kommen die lästigeren Schulden, l. 5. pr. de solut., und zwar unter ihnen zunächst die, deren Nichterfüllung den Schuldner infamiren würde, dann die mit einer Strafe verbundenen, und hierauf die, für welche Pfänder bestellt sind, l. 97. de solut.

> *Papinian.* „Quum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa ejus pecuniae, quae sub infamia debetur [cf. l. 7. h. t.], mox ejus, quae poenam continet, tertio, quae sub hypotheca vel pignore contracta est".

In die Kategorie der Schulden, quae poenam continent, gehören auch Judikats-Schulden, und diejenigen, *quae infitiatione crescunt*, l. 7. de solut., und ihnen gleich zu achten sind auch wegen augenscheinlicher Gleichheit des Grundes verzinsliche Schulden, vgl. auch l. 12. fin. de usur. (22, 1). Denjenigen aber, für welche Pfänder bestellt sind, stehen auch diejenigen gleich, „quae *sub satisdatione* debentur, l. 5. pr. eod.

c) Unter mehreren gleich lästigen, oder gleich wenig lästigen ist zunächst auf die eigenen, und dann erst auf die fremden abzurechnen, die der Zahlende etwa als Bürge oder sonst durch Interzession übernommen hat, l. 97. cit., wo Papinian unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fortfährt:

> „Post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fidejussoris, quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse",

vgl. l. 4. eod.

d) Entscheidet auch diese Rücksicht nicht, so wird zunächst die ältere Schuld als getilgt angesehen, l. 97. cit.:

> „Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur",

vgl. l. 5. pr., l. 24, l. 102. §. 2. eod.

e) Bei mehreren gleich alten Schulden wird verhältnißmäßig auf sämmtliche abgerechnet, l. 8. h. t.:

> *Paul.* „Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum".

f) Zuletzt kommen die bloßen Natural-Schulden an die Reihe, l. 94. §. 3. eod., vgl. l. 5. §. 2, l. 101. §. 1. eod. —

Diese Klassifikation wird auch dadurch nicht alterirt, wenn etwa die

gezahlte Summe nicht gerade der Größe derjenigen Schuld entspricht, welche in Gemäßheit dieser Regeln den übrigen vorgeht, und wenn also z. B. der Schuldner 50 unter einer Konventionalstrafe, und 100 ohne eine solche schuldet, und er zahlt jetzt 100, ohne zu bestimmen, wofür, so muß die Zahlung doch auf die gravior causa, also auf die Schuld von 50, bezogen werden, und nur der Ueberschuß wird dann auf die minder lästige Schuld von 100 abgerechnet, l. 97. cit:

„Si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum".

II. Macht der Gläubiger sich selbst bezahlt, so gilt die Regel, daß er dabei seinen Vortheil berücksichtigen darf, und so kann er also z. B. die Zahlung vorzugsweise auf diejenige Schuld anrechnen, für welche ihm kein Bürge haftet, l. 73. de solut., oder auch auf eine bloße Naturalschuld, l. 101. §. 1. eod. Doch treten hierbei einige spezielle gesetzliche Beschränkungen ein. Wenn nämlich ein Pfand gleichzeitig wegen mehrerer Schulden bestellt ist, so muß der distrahirende Pfandgläubiger den Erlös des Pfandes verhältnißmäßig auf sämmtliche Schulden anrechnen, und wenn es successiv bestellt war, so muß stets die frühere Pfandschuld als zunächst getilgt angenommen werden, l. 96. §. 3. eod. Und werden einem Pfandgläubiger Zinsen, theils civiliter, theils naturaliter geschuldet, so muß er auf beide gleichviel abrechnen, und zwar findet nicht etwa eine verhältnißmäßige Abrechnung statt, sondern es muß auf jede der mehreren Zinsforderungen, mögen sie ihrer Größe nach auch noch so verschieden sein, eine völlig gleiche Summe geschlagen werden, l. 5. §. 2. de solut.

C) Beweis der Zahlung. §. 590.

Anm. Ueber die Verbindlichkeit des Gläubigers, dem zahlenden Schuldner eine Quittung auszustellen s. l. 18. C. de testib. (4, 20), l. 19. C. de fide instrum. (4, 21), l. 1. §. 2. C. de apoch. publ. (10, 22); vgl. Linde in Gießer Zeitschr. I. S. 244 fgg., Busch im ziv. Arch. XXXI. S. 1 fgg., Rudloff ebendas. XLV. S. 170 fgg.

2) Von dem Einfluß der obligatio auf periculum und commodum. §. 591.

Dig. XVIII. 6, Cod. IV. 48. de periculo et commodo rei venditae. — *Brandenburg*, principia quaedam generalia de damno casuali ejusque praestatione. Goetting. 1793, Glück IV. S. 368 fgg., vgl. auch XIII. S. 37 fgg., XVII. S. 126 fgg., v. Wächter im ziv. Arch. XV. Nr. 6 und 9. (vgl. auch Ejusd.

doctr. de cond. causa data c. n. s. Tub. 1822. p. 44 sqq.), Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 374 fgg., Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilr., insbes. die Lehre von den Unglücksfällen. Tüb. 1838. S. 31 fgg., v. Madai, die Lehre von der Mora S. 277 fgg., Schilling in Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 250 fgg., Wolff, zur Lehre von der Mora S. 126 fgg., v. Wening-Ingenheim, Schadenersatz S. 239 fgg., Fuchs im ziv. Arch. XXXIV. S. 106 fgg. S. 224 fgg. S. 358 fgg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. Recht. Bd. I. 1853. S. 228 fgg., Reatz in Gieß. Zeitschr. N. F. XV. S. 351 fgg., *Goose*, de casu quaedam observationes. Berol. 1866. — Koch I. S. 188 fgg., Unterholzner I. S. 511 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 106. Not. 20 fgg., *Molitor* l. c. I. p. 369 sqq. — Ueber das commodum vgl. bes. Jhering, Abhh. S. 1 fgg., und s. auch Mommsen cit. S. 297 fgg., und bes. Desselben Erörtrungen aus dem Obligat. R. H. I. (über die Regel: »commodum ejus esse debet, cujus periculum est«). Braunschw. 1859.

Anm. Es ist eine eben so wichtige, als in vielen Beziehungen bestrittene Frage, wer bei Obligationen die Gefahr zu tragen habe? Es möchte dabei auf folgende Hauptpunkte ankommen:

I. Was hier zunächst die Begriffe anbelangt, so kann man nur dann sagen: der Kreditor trägt die Gefahr (res creditoris periculo est — res creditori perit), wenn die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung von Seiten des Schuldners denselben ganz befreit, ohne daß der Gläubiger einen Ersatz begehren oder seine etwaige Gegenleistung zurück behalten könnte, vgl. t. t. Dig. et Cod. de per. et comm. rei vend., und s. auch etwa noch l. 11. pr. de R. C. (12, 1), l. 3. de naut. foen. (22, 2), l. 8. pr. de novat. (46, 2), l. 39, l. 72. §. 2. de solut. (46, 3), l. 8. C. de pign. act. (4, 24), l. 1. 4. C. de naut. foen. (4, 33). Der Debitor trägt die Gefahr (res debitoris periculo est — res debitori perit), wird aber dann gesagt, wenn im Falle kasueller Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner entweder die Aestimation leisten muß, oder zwar von seiner Verbindlichkeit ganz befreit wird, aber auch seine Ansprüche auf die etwaige Gegenleistung von Seiten des Gläubigers einbüßt, vgl. außer t. t. Dig. et Cod. cit. auch z. B. noch l. 4. pr., l. 11. de R. C. (12, 1), l. 23. de pec. const. (13, 5), l. 5. §. 7. commod. (13, 6), l. 12. §. 3. depos. (16, 3), l. 47. §. 6, l. 108. §. 11. de legat. I, l. 3. C. de usur. leg. (6, 47). Wenn bei diesen Begriffs-Bestimmungen nur auf das periculum *interitus* Rücksicht genommen wurde, so versteht sich doch die Anwendung derselben auf das periculum *deteriorationis* ganz von selbst. Vgl. bes. Wächter a. a. O. S. 99 fgg.

II. Es sind, namentlich auch wieder in unsren Tagen, verschiedene Versuche

gemacht worden, die Regeln über das periculum bei Obligationen auf ein leitendes Prinzip, gleichsam auf eine Formel zurück zu führen, jedoch ohne wahren Erfolg. Wenn viele Aeltere — denen auch jetzt noch z. B. Schilling a. a. O. und Lehrb. Bd. III. §. 234. Not. k. und l. beistimmt — Alles auf den Grundsatz: *casum sentit dominus* stellen, so kann doch dieser Satz auch in seiner weitesten Ausdehnung nur sagen, daß jeder dinglich Berechtigte durch den Untergang der Sache sein Recht daran verliere, aber niemals läßt sich daraus etwas für unsre wesentlich davon verschiedene Frage folgern: welchen Einfluß der Untergang der res debita auf die Obligation habe? und in der That sehen auch die Vertheidiger dieser Lehre sich genöthigt, ihrem Grundsatze so viele Restriktionen und Ausnahmen zuzufügen, daß von der Regel nicht viel übrig bleibt, vgl. dagegen bes. Wächter a. a. O. S. 117 fgg., und s. auch *Molitor* cit. p. 370 sqq. und Mommsen a. a. O. S. 248 fgg. — Wächter a. a. O. will dagegen die beiden Sätze an die Spitze stellen: *impossibilium nulla obligatio est*, l. 185. de R. J. und *casus a nullo praestantur*, l. 23. fin. eod., s. auch *Molitor* cit. p. 373 sqq.; aber auch hiergegen ist, abgesehen davon, daß beide Grundsätze negative sind, und schon deshalb sich nicht wohl zur Entscheidung unsrer Frage eignen — mit Recht schon eingewendet worden, daß sich daraus wohl erkläre, daß der Schuldner durch den kasuellen Untergang einer Spezies ganz liberirt werde, und auch die aestimatio nicht zu leisten brauche, daß aber die hauptsächlich bestrittene Frage, wie es in solchem Falle sich mit der Gegenleistung verhalte, sich aus jenen Prinzipien nicht erledige, wenn man nicht zwangsweise einen Sinn hineinlegen wolle, der ihnen an und für sich fremd sei; vgl. Mühlenbruch, Lehrb. §. 365. Not. 5, v. Madai, Schilling und Wolff a. d. aa. OO. — Madai cit. will in unsrer Lehre von dem Grundsatze ausgehen: derjenige müsse das *periculum* tragen, dessen *obligatio* eine *perpetua* sei; und verstehe ich denselben recht, so soll damit gesagt sein, daß derjenige, welcher leisten könne, auch immer leisten müsse, derjenige aber, welchem durch Zufall die Leistung unmöglich werde, deshalb auch von seiner Verbindlichkeit frei sei. Obwohl aber dieser Satz bei solchen Obligationen, welche eine Sachleistung zum Gegenstande haben, allerdings nicht unwahr ist, so würde er doch, wie wir später sehen werden, bei andren Schuldverhältnissen zu entschieden falschen Resultaten führen (z. B. bei der locatio conductio), und kann also unmöglich als allgemeines Prinzip für das periculum bei Obligationen überhaupt gebilligt werden, vgl. auch Schilling, Wolff und Fuchs a. d. aa. OO. — Koch und Fuchs a. d. aa. OO. endlich wollen die ganze Lehre vom periculum auf den angeblichen Grundsatz zurückführen, daß eine ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich gewordene Leistung vermöge einer Fiktion als erfüllt angesehen werde. Obwohl Fuchs eine ganze Reihe von Gesetzes-Stellen für diese angebliche Fiktion anführt, so kann ich diesen Beweis doch nicht für gelungen ansehen; denn einige der angeführten Stellen sind schon darum unbeweisend, weil in ihnen ausdrücklich eine Verschuldung des Empfängers, namentlich eine mora accipiendi, vorausgesetzt wird, vgl. l. 9. §. 1, l. 72. pr. de solut. (46, 3), l. 39. de R. J.; in andren werden nur Zahlung und unverschuldete Unmöglichkeit neben einander als

Befreiungsgründe des Schuldners aufgeführt, woraus begreiflich nicht gefolgert werden kann, daß im Falle der Unmöglichkeit eine Zahlung fingirt werde, vgl. l. 36. de pact. (2, 14), l. 16. §. 2. de pec. const. (13, 5), l. 107. de solut. (46, 3); und in wieder andren endlich wird nur für den Fall der emtio venditio eine Parallele der kasuellen Unmöglichkeit mit der Zahlung angedeutet, was natürlich von einer Fiktion der Zahlung noch sehr verschieden ist, vgl. l. 5. §. 2. de rescind. vend. (18, 5), l. 15. de jure dot. (23, 3). Da nun überdies auch eine solche Fiktion auf Natürlichkeit gewiß keinen Anspruch machen kann, und dieselbe für eine Reihe der wichtigsten Schuldverhältnisse, namentlich für Sach- und Dienstmiethe, zu entschieden unrichtigen Resultaten führen würde, so muß m. E. auch dieser neueste Versuch, ein einheitliches Prinzip für unsre Lehre zu konstruiren, als verfehlt angesehen werden. — Ueberhaupt erscheint es mir angemessen, von solchen angeblich allgemeinen Grundsätzen ganz abzusehen, und statt dessen die Prinzipien für die einzelnen Hauptarten der obligatio aus der besondren Natur derselben zu konstruiren.

III. Wenden wir uns demgemäß zunächst zu den einseitigen Schuldverhältnissen, so gilt hierbei die natürliche Regel, daß durch den kasuellen Untergang des schuldigen Objekts die ganze obligatio sich auflöst, und folglich der Kreditor die Gefahr trägt, l. 107. de solut. (46, 3):

> *Pompon.* „Verborum obligatio — — resolvitur naturaliter veluti solutione, aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit",

vgl. l. 5. §. 4, l. 18, l. 23. commod. (13, 6), l. 14. §. 1. depos. (16, 1), l. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7), l. 23, l. 33. 37. 83. §. 5. de V. O. (45, 1), l. 98. §. 8. de solut. (46, 3). Es geht aber aus der Natur der Sache von selbst hervor, daß von einem solchen kasuellen Untergang des schuldigen Objekts schlechthin nur dann die Rede sein kann, wenn eine individuell bestimmte Sache (eine species) Gegenstand der Obligation ist, und hat also der Schuldner eine Quantität oder ein *genus* zu leisten, so kann begreiflich von einer Befreiung des Schuldners wegen kasuellen Untergangs der res debita nicht gesprochen werden, quia genus non perit, vgl. z. B. l. 42. de jure dot. (23, 3), l. 30. §. 5. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 1. §. 2—4. de O et A. (44, 7), §. 2. J. quib. mod. re contr. (3, 14). — Wenn das einseitige Schuldverhältniß so beschaffen ist, daß dabei eine actio *contraria* Platz greifen kann, so bleibt diese stets begründet, wenn auch die prinzipale Obligation durch kasuelle Unmöglichkeit der Leistung erloschen ist, vgl. z. B. l. 10. §. 1, l. 22. de neg. gest. (3, 5), l. 18. §. 4. commod. (13, 6), l. 8. pr. de pign. act. (13, 7), l. 4. de impens. (25, 1), Mommsen a. a. O. S. 323 fgg.

IV. Bei zweiseitigen auf Sachleistung gerichteten Obligationen ist so viel unzweifelhaft, daß, wenn dem einen Paziszenten die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch kasuellen Untergang unmöglich geworden ist, derselbe vollständig befreit, und zum Ersatz des Interesse nicht verpflichtet wird. Ob aber der andre Paziszent in solchem Falle seine Gegenleistung [illegible] müsse, ist auch noch h. z. J. bestritten. Hören wir zunächst die Gesetze!

1) Bei dem Kaufkontrakte wird in einer Reihe von Stellen völlig un-

zweideutig und bestimmt der Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Augenblick der Perfektion die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h. daß, wenn die Waare kasuell zu Grunde gehe, der Käufer dennoch den versprochenen Kaufpreis dafür zu entrichten habe, vgl. §. 3. J. de emt. et vend. (3, 23), l. 34. §. 6. de contr. emt. (18, 1), l. 5. §. 2. de rescind. vend. (18, 5), l. 8. pr. de per. et comm. rei vend. (18, 6), l. 14. 15. de jure dot. (23, 3), l. 4. 5. ult. C. de per. et comm. rei vend. (4, 48). Einige Bedenklichkeiten hierbei machen jedoch l. 33. locati (19, 2).

> *African.* „— — Si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneberis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi",

und l. 12. und 14. de per. et comm. rei vend.:

> *Paul.* „Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet; — — quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit. (§. 1). Materia emta, si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus venditoris".

In der That hat man, auf diese Stellen gestützt, schon die Behauptung vertheidigt, daß die oben zitirten Gesetze nur das strenge Recht enthielten, daß aber aus den zuletzt angeführten Stellen hervorgehe, daß dasselbe der Billigkeit wegen von den römischen Juristen modifizirt worden sei; und selbst Cujacius hat diese Meinung vertheidigt (vgl. dessen Tract. ad Afric. lib. VIII. ad l. 33. loc. in opp. I. p. 1479, und Obs. XXIII. 29): aber nur eine Zeit lang, indem er in späteren Schriften die herrschende Theorie in Betreff des Kaufkontrakts vorträgt, vgl. namentlich dessen Comm. ad Paul. ad Edict. lib. 33, l. 8. de per. et comm., in opp. V. p. 513, und Recitt. solenn. in Cod. ad lib. IV. tit. 48. 49; in opp. IX. p. 380. 383. Wirklich sind auch diese schwerlich geeignet, das klare Resultat einer Reihe unzweideutiger Gesetze unsicher zu machen, denn die l. 12. und 14. citt. reden gar nicht von einem Spezies-Kauf (im Fall der l. 12. cit. hat der Käufer nicht bestimmte Betten in specie gekauft, sondern vielmehr eine Zahl von Betten bei dem Tischler bestellt, und auch in l. 14. §. 1. cit. ist von einer materia *in genere* emta die Rede), vgl. Jhering in sein. Jahrbb. IV. S. 393. S. 415 fgg., und in l. 33. cit. muß wohl vorausgesetzt werden, daß der Grund der Konfiskation schon vor die Zeit des Kontrakts fällt, so daß die Sache als eine vitiöse erscheint, und deßhalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist; vgl. über die verschiedenen Auslegungen dieser Stelle Glück XVII. S. 135 fgg., und s. auch Fuchs a. a. O. S. 398. und Mommsen S. 332 fgg., Reatz a. a. O. S. 382 fgg.

2) Dasselbe Prinzip, wie bei dem Kaufkontrakte, wird auch nach der richtigeren, obwohl freilich sehr bestrittenen Meinung, bei den s. g. Innominat-Kontrakten in den Quellen angenommen, vgl. überhaupt *Waechter*, comm. cit. p. 44 sqq. und im Arch. a. a. O. S. 394 fgg., *Ejusdem*, dissert. de

periculo in contractib. innominatis praestando. Marb. 1851, *Molitor* cit. p. 381 sqq., Errleben, die condictiones sine causa Abth. II. S. 386 fgg., Mommſen a. a. O. S. 387 fgg., Witte, Bereicherungsklagen S. 104 fgg. S. 126 fgg., *Machelard*, oblig. natur. p. 64 suiv. Hierbei muß man nur bedenken, daß bei den Innominat-Kontrakten die Perfektion des Vertrags in einen ſpätern Zeitpunkt fällt, nämlich in den der Leiſtung von einer Seite, und geht alſo die Sache vor der Leiſtung unter, ſo verſteht es ſich, daß die Gegenleiſtung nicht gefordert werden kann, weil ja dem einen Kontrahenten durch den Untergang der Sache das Mittel entzogen iſt, eine klagbare Verbindlichkeit des Gegners hervorzubringen; in der ſcheinbar widerſtreitenden l. 3. §. 4. de condict. c. d. c n. s. (12, 4) iſt wohl gewiß zu ſupponiren, daß das Verſprechen der Leiſtung durch Stipulation zu einem klagbaren Kontrakt geworden war, vgl Savigny, Syſt. V. S. 595 fgg., Fuchs im Arch. S. 393, diss. cit. p. 27, Errleben S. 13. Not. 37. und beſ. S. 426 fgg., Mommſen S. 390. Anm. 5. Geht aber, nachdem der Eine geleiſtet hat, die Sache kaſuell unter, welche der andre entgegen leiſten muß, ſo kann der Erſtere nicht zurückfordern, was eben nur eine Folge unſeres Prinzips iſt, vgl. l. 5. §. 1. de praescript. verb. (19, 5):

> *Paul.* „Si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, *periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes*“,

und l. 10. de cond. ob. caus. dat. (4, 6):

> *Dioclet. et Maxim.* „Pecuniam a te datam, licet [al. *si haec*, cf. Hermann not. ad h. l.] causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, *minime repeti posse certum est*“.

Vgl. auch l. 3. §. 3, l. 5. pr. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) — Freilich hat man dieſe klaren Stellen vielfach wegzudeuteln verſucht, und namentlich die l. 5 §. 1 cit. wird auch noch von vielen neuern Juriſten ſo ausgelegt, daß darin blos von der actio *praescriptis verbis*, nicht auch von der condictio die Rede ſei, und folglich da nur geſagt werde, daß wegen der nicht erfolgten Gegenleiſtung kein Intereſſe gefordert werden könne, wenn dieſelbe durch einen bloſen Zufall verhindert worden ſei, vgl. z. B. Glück XIII. S 47, Roßhirt a. a. O. S. 392, Hepp a. a. O. S. 61, Pforbten, Abh. S. 276 fgg, Liebe, Stipulat. S. 357 fgg.; aber dieſe Auslegung muß gewiß verworfen werden. Es iſt ſchon oben (bei Nr. I) bemerkt worden, daß bei einem zweiſeitigen Obligations-Verhältniß von Uebernahme des periculum nur dann in den Geſetzen die Rede iſt, wenn Jemand ſeine Leiſtung einbüßt, ohne die Gegenleiſtung zu erhalten, niemals aber dann, wenn Jemand zwar keine Gegenleiſtung empfängt, aber auch ſelbſt nichts zu leiſten braucht; und geht man von dieſem eben ſo natürlichen als feſtſtehenden Sprachgebrauch auch bei unſrer Stelle aus, ſo kann ihr Sinn nicht blos ſein, daß der Kontrahent kein Intereſſe fordern dürfe, ſondern es liegt darin auch nothwendig, daß er auch ſeine eigne Leiſtung einbüßen müſſe. Es wird aber auch die von den Gegnern behauptete Beſchränkung der Stelle auf die actio praescriptis verbis um ſo unnatürlicher, da

unmittelbar vor den ausgezogenen kritischen Worten Paulus von der actio praescriptis verbis und der condictio gesprochen hat,

„Si rem do, ut rem accipiam, — — dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere, *vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* Sed si scyphos" etc.,

und also gewiß auch jene Worte sich auf beide Klagen beziehen, vgl. auch *Waechter*, de cond. causa data c. n. s. p. 50 sqq., im Arch. S. 215 fgg., Mommsen S. 392. — Was aber die andere oben angeführte Stelle anbelangt, die l. 10. C. cit., so soll diese bald durch die Annahme beseitigt werden, daß in diesem Reskripte ein einzelner Fall entschieden werde, in welchem aus besondren Gründen die Rückforderung ausgeschlossen sei — welcher Fall? darüber wird unter den Vertheidigern dieser haltlosen Meinung wieder gar sehr gestritten, vgl. Glück XIII. S. 44 fgg. —, bald durch die gewiß inkonsequente Behauptung, daß wenn auf der einen Seite Geld geleistet sei, wegen Analogie des Kaufvertrags eine Ausnahme von den sonstigen Regeln über Innominat-Kontrakte gemacht werden müsse, vgl. Roßhirt a. a. O. S. 393 fgg. und im Wesentlichen auch *Molitor* p. 382. und Errleben S. 409 fgg. — Gewiß würden alle diese eben so willkürlichen, als höchst gezwungenen Interpretationen niemals versucht worden sein, wenn sich nicht ein Gesetz fände, in welchem wie es scheint mit großer Bestimmtheit, die Lehre vorgetragen wird, daß das Gegebene allerdings zurückgefordert werden dürfe, wenn die erwartete Gegenleistung unmöglich geworden sei. Es ist dieß die vielfach gedeutete (vgl die zahlreichen Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 82 sqq. und bei *Waechter*, diss. cit. p. 57 sqq., und s. auch Windscheid S. 181, Fuchs im Arch. S. 394 fg. diss. cit. p. 31 sqq., Errleben S. 387 fgg., Mommsen S. 393. Not. 16) l. 16. de cond. causa data c. n. s. (12, 4):

Celsus. „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; *et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares*".

Von der condictio propter poenitentiam, woran Fuchs cit. denkt, darf diese Stelle doch schwerlich verstanden werden, da der Jurist seine Entscheidung ausdrücklich aus der Annahme einer *obligatio* ob rem dati re non secuta ableitet. Alle Schwierigkeit verschwindet aber, wenn man bei den Worten: Si mortuus est Stichus, den Fall supponirt, wenn der Sklave schon vor Empfang der Leistung gestorben ist, eine Auslegung, welche grammatisch nicht blos möglich, sondern fast nothwendig ist, indem man ohne dies vielmehr *si morietur* erwarten müßte, vgl. auch *Beloïus*, Varior. jur. civ. l. 9. §. 2. (in Meerm. thes. IV. p. 679), *Waechter*, diss. cit. p. 62 sqq. und im Arch. S. 217. Zwar könnte hiergegen eingewendet werden, und ist wirklich auch schon eingewendet worden, daß nach dieser Interpretation ein Resultat entstehen würde, welches ganz eben so auch bei dem Kaufvertrage Platz griffe, während der Jurist

doch augenscheinlich einen Satz aussprechen wolle, in welchem sich eine Verschiedenheit zwischen der emtio venditio und dem contractus: do pecuniam, ut Stichum des zeige, vgl. Roßhirt a. a. O. S. 393, Fuchs a. d. aa. OO. Aber dieser allerdings scheinbare Einwand möchte sich durch die Erwägung beseitigen, daß bei dem Kaufe des periculum schon unmittelbar mit dem Vertrage auf den Käufer übergeht, und dieser also den Kaufpreis einbüßt, wenn auch vor der Zahlung desselben der Sklave Stichus stürbe, während bei dem Innominat-Kontrakte immer erst mit der Leistung das Perikulum übergeht, und also das Pretium nicht verloren geht, wenn vor dieser Zeit, obwohl nach dem Vertrage, der Sklave gestorben wäre; und auf diesen Unterschied zwischen emtio venditio und Innominat-Kontrakt will hier Celsus aufmerksam machen, vgl. auch *Waechter*, diss. cit. p. 67 sqq. (Wenn ich übrigens bei dieser Erörterung das bei Innominat-Kontrakten vorkommende Reuerecht völlig unberücksichtigt gelassen, und mich blos auf die Frage beschränkt habe: ob nach zufälligem Untergang doch noch eine Rückforderung *ob causam non secutam* statthaft sei? so rechtfertigt sich dies von selbst, weil offenbar nur die Antwort auf diese Frage uns Aufschlüsse über die in Betreff des Perikulum geltenden Prinzipien geben kann; und diese Trennung der Rückforderung ex capite causae non secutae von der ex capite poenitentiae durfte um so unbedenklicher gemacht werden, da ja auch die Quellen auf eine solche Unterscheidung hinweisen, vgl. l. 5. pr. de cond. causa dat. c. n. sec.).

Diese Erörterungen führten zu dem Resultate, daß sowohl bei dem Kauf- als bei den Innominat-Kontrakten das römische Recht von dem Grundsatze ausgeht, daß, wenn nach der Perfektion des Vertrags dem einen Kontrahenten wegen zufälligen Untergangs der res debita die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich wird, derselbe nicht blos von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit wird, sondern auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält; und da Kauf- und Innominat-Kontrakt fast die einzigen zweiseitigen Obligationen sind, welche eine Sachleistung zum Gegenstande haben, so muß jener Grundsatz unbedenklich für die ganze Klasse von Obligationen angenommen werden, und zwar um so mehr, da demselben augenscheinlich ein sehr natürlicher Gedanke zu Grunde liegt. Würden nämlich die beiden Obligationen sogleich, nachdem sie zur Entstehung gekommen sind, auch von beiden Seiten erfüllt — und dieses ist die in der Natur dieser Schuldverhältnisse wohlbegründete Regel —, so verstände es sich von selbst, daß, wenn nachher die dem Einen geleistete Sache durch Zufall zu Grunde gienge oder schlechter würde, dieser Schaden blos den Empfänger träfe; und was so im Falle alsbaldiger Leistung unzweifelhaft Rechtens ist, das soll auch Rechtens bleiben, wenn ein rechtmäßiger Aufschub der Leistung vorkommt, und zwar um so mehr, da ja dem Promittenten vom Augenblicke des perfekten Vertrags an die freie Disposition über seine Sache entzogen ist, vgl. auch Jhering in sein. Jahrbb. III. S. 462 fgg., Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 364 fg. Auf diesen sehr natürlichen Gedanken deuten denn auch bestimmt genug die gesetzlichen Aussprüche in l. 5. §. 2. de resc. vendit. (18, 5) und l 14. 15. de jure dot. (23, 3) hin, nicht aber darauf, wie z. B. *Karlowa*, de natura atque indole συναλλαγμάτος.

Bonn. 1862. p. 26 sqq. annimmt, daß der kasuelle Untergang der geschuldeten Sache als Zahlung und Befriedigung des Gläubigers gelte, noch auch, wie Koch und Fuchs a. d. aa. OO. und Mommsen cit. S. 331. 349. wollen, darauf, daß die Erfüllung fingirt werde, und noch weniger endlich, wie Windscheid in den Heidelb. krit. Jahrbb. Bd. II. S. 136 fg., Lehrb. §. 321. Not. 18. 19. und *Goose* cit. p. 20 sqq meinen, darauf daß bei dem Kaufe schon in dem Abschlusse des Vertrags die Erfüllung wirklich enthalten sei, daß also die Tradition nicht als geschehen fingirt werde, sondern daß sie unnöthig sei, weil auch schon ohne sie die Vermögens-Veränderung vor sich gegangen sei! — Würde freilich die Vollziehung des Vertrags unrechtmäßig verzögert, träte also eine Mora ein, dann müssen sich dadurch auch die Grundsätze über das Perikulum ändern (§. 588. Anm. 3). Wenn man zur Widerlegung des hier vertheidigten Prinzips sich nicht selten auf die s. g. exceptio nondum adimpleti contractus hat berufen wollen, so liegt hier ein leicht ersichtliches Mißverständniß zu Grunde, indem jene Einwendung nur da vorgeschützt werden kann, wo der andre Kontrahent wirklich noch obligirt ist, und doch nicht leistet, niemals aber auch dann, wenn, wie in unsrem Falle, die obligatio des anderen Kontrahenten bereits erloschen ist (vgl. unten §. 607. Anm.). — Die richtigere Meinung wird h. z. T. auch, besonders nach dem Vorgange von Wächter a. a. O., von der Mehrzahl unserer Juristen angenommen, vgl. z. B. Madai, Wolff, v. Wening-Ingenheim, Koch, Unterholzner, Sintenis, Fuchs, *Molitor* an den oben angeführten Orten, v. Wening-Ingenh., Lehrb. §. 355, Fritz zu Wening II. S. 438 fgg., Göschen, Vorl. §. 459, Puchta, Pand. §. 302, Arndts §. 275, Dernburg, Kompens. S. 75 fgg. u. A. m. Schwankend sind Heppe a. a. O. und Mühlenbruch, Lehrb. 3. Aufl. §. 365. und dagegen sind Thibaut, Syst. §. 478, Roßhirt a. a. O., Treitschke in d. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. I. S. 222 fgg., Götting in der Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 301 fgg. u. A. m. — Wenn übrigens in dem Obigen die Grundsätze des römischen Rechts über das Perikulum bei Innominat-Kontrakten dargestellt wurden, so ist damit in unsrem heutigen Rechte eine wesentliche Aenderung vorgegangen. Da nämlich diese Verträge h. z. T. nicht mehr erst durch die Leistung von einer Seite perfekt werden, sondern durch den bloßen Konsensus, und damit der Begriff des Innominat-Kontrakts für unser geltendes Recht vollständig hinweggefallen ist (vgl. darüber unten §. 599. Anm. a. E.), so versteht es sich von selbst, daß jetzt auch im Betreff des Perikulum die gewöhnlichen Grundsätze bei Konsensual-Verträgen Platz greifen müssen, und demgemäß kann es keinen Zweifel leiden, daß, wenn das Versprechen auf eine Sachleistung gerichtet ist, die Gefahr sogleich auf den Promissar übergeht, und es sich also jetzt dabei vollständig so verhält, wie bei dem Kaufvertrag, während freilich dann, wenn Gebrauchs-Ueberlassungen oder Dienstleistungen versprochen sind, die unten bei No. VI. u. VII. angedeuteten Grundsätze in Anwendung kommen müssen, so daß für unser heutiges Recht im Wesentlichen das gilt, was Molitor und Erxleben irrig schon im römischen Rechte für begründet halten, vgl. Mommsen a. a. O. S. 396 fgg.

V. Die in der vorigen Nummer dargestellten Grundsätze leiden eine, freilich sehr natürliche Modifikation, wenn das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung abgeschlossen wurde. Wenn freilich der Zufall die res debita erst dann trifft, wenn die Bedingung sich bereits entschieden hat, so versteht sich die Entscheidung ganz von selbst; denn war die Bedingung defizirt, so war ja das ganze Obligations-Verhältniß wie gar nicht abgeschlossen anzusehen, und der nachher eintretende Zufall kann nur den Promittenten treffen; war aber die Bedingung eingetreten, so war das Geschäft perfekt geworden, und von da an muß also unbezweifelt, eben so wie bei einem negotium purum, das ganze periculum interitus et deteriorationis auf den Promissar übergehen, l. 8. de per. et comm. rei vend.

> *Paul.* „Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat".

Wenn aber der Zufall die res debita während schwebender Bedingung trifft, so muß zwischen dem periculum *interitus* und *deteriorationis* unterschieden werden. Geht nämlich die res debita während schwebender Bedingung ganz zu Grunde, so wird sogleich das ganze Rechtsverhältniß von beiden Seiten aufgelöst, und der Promissar braucht nie die Gegenleistung zu geben, mag die Bedingung nachher defiziren, oder in Erfüllung gehen, denn auch im letztren Falle kann die obligatio nie perfekt werden, weil in dem Augenblick, wo die Perfektion eintreten müßte, es an einem Objekte fehlt, und es also nun eben so ist, wie wenn eine schon vorher untergegangene Sache versprochen wäre, l. 8. cit.:

> „Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit",

d. h. „wenn während schwebender Bedingung die Sache tradirt wird, so kann der Empfänger dieselbe nicht usukapiren, und wenn sie zu Grunde geht [daß dies in der l. 8. cit. subintelligirt werden muß, kann nach dem Zusammenhang nicht bezweifelt werden], so fordert der Käufer das etwa schon gezahlte Kaufgeld wieder zurück, wie auf der andren Seite auch der Verkäufer Anspruch auf die bis zum Untergang der Sache gezogenen Früchte hat, so daß also nun das ganze Kaufgeschäft sich auflöst, wie ja auch bedingte Stipulationen und Vermächtnisse vollständig erlöschen, wenn ihr Objekt während schwebender Bedingung zu Grunde geht". Vgl. auch l. 10. §. 5. de jure dot. (23, 3):

> *Ulpian.* „— — cum sit conditionalis venditio, *pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem*, consequens est dicere, mulieri perisse",

l. 10. pr. de per. et comm. rei vend., l. 5. C. eod., Vat. fragm. §. 23. — Wird dagegen die res debita während schwebender Bedingung durch einen Zufall nur verschlechtert, nicht aber vernichtet, so muß in diesem Falle allerdings der

Promissar das Perikulum tragen, d. h. er muß mit der Sache zufrieden sein, wie sie jetzt ist, und die vollständige Gegenleistung prästiren, l. 8. cit., wo Paulus unmittelbar nach den oben ausgezogenen Worten so fortfährt:

„Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris“,

vgl. auch Vat. fr. §. 16. S. überhaupt Sell, über bedingte Traditionen. Zürich 1839. §. 4. 5. S. 46 fgg., dessen Darstellung durch die völlig grundlosen Einwendungen Götting's in der Gießer Zeitschr. N. F. I. S. 298 fgg. und Kniep's Einfluß der bedingten Novat. auf die ursprüngl. Oblig. S. 55 fgg. in keinem Punkte widerlegt ist.

VI. Andre Grundsätze gelten bei denjenigen zweiseitigen Obligationen, bei denen auf der einen Seite eine Gebrauchs-Ueberlassung versprochen wird, also namentlich bei der locatio conductio rerum. Hierbei geht das römische Recht von dem, in der Natur dieser Verträge wohl begründeten (vgl. bes. Mommsen a. a. O. S. 350 fgg.) Prinzip aus, daß der Vermiether dafür einzustehen habe, daß dem Miether auch wirklich während der Miethzeit der zugesicherte Gebrauch in vollem Umfange möglich sei, und der Anspruch auf die Gegenleistung nur dann und nur insoweit begründet sei, wenn und in wie weit dem Miether jene versprochene Gebrauchs-Ueberlassung auch wirklich gewährt sei; ein Prinzip, welches von selbst zu dem weiteren Satze führen mußte, daß das Miethgeld erst nach gemachtem Gebrauche gezahlt zu werden braucht. Hiernach versteht es sich von selbst, daß das gesammte periculum interitus et deteriorationis bei dem Vermiether ist, d. h. wenn die vermiethete Sache während der Miethzeit durch Zufall zu Grunde geht, so hat zwar der Vermiether kein Interesse zu ersetzen, aber er hat auch für die spätere Zeit kein Miethgeld zu fordern, l. 9. §. 1. 4, l. 19. §. 6, l. 30. 33. loc. cond. (19, 2), und wenn durch Zufall der Gebrauch der Sache in nicht ganz unbedeutender Weise gemindert wird, so muß sich der Vermiether eine verhältnißmäßige Kürzung des Miethgeldes gefallen lassen, l. 15. §. 1 sqq., l. 25. §. 2, l. 27. pr. loc. cond.; vgl. auch unten §. 641. Anm. 1. — Für das dingliche Erbpachts-Verhältniß (die Emphyteusis) ist jedoch von Zeno aus besondren Gründen bestimmt, daß zwar wohl das periculum interitus den Eigenthümer, das periculum deteriorationis aber den Emphyteuta treffen soll, l. 1. C. de jure emphyt. (4, 66), §. 3. J. de loc. (3, 34).

VII. Auch bei denjenigen zweiseitigen Obligationen, bei welchen auf der einen Seite eine Dienstleistung versprochen wird, also namentlich bei der locatio conductio operarum, treten aus ähnlichen Gründen auch ähnliche Grundsätze ein, wie bei den auf Gebrauchs-Ueberlassung gerichteten Schuldverhältnissen. Auch hier hat nämlich der Vermiether das Perikulum zu tragen, so daß, wenn es diesem kasuell unmöglich wird, die versprochene Dienstleistung vorzunehmen, er zwar allerdings kein Interesse zu ersetzen verpflichtet ist, aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder theilweise verliert, l. 15. §. 6. loc. cond. (19, 2)

Ulp. „Item quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, *non*

immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est".

Daß hier von einer locatio *operis* die Rede iſt, kann die Beweiskraft dieſer Stelle nicht ſchwächen, da für das periculum bei der locatio operis kein andres Prinzip gilt, wie bei der einfachen locatio operarum, wenn ſich daſſelbe auch wegen der beſondren Beſchaffenheit des Objekts in einigen Beziehungen eigenthümlich geſtaltet (vgl. darüber unten §. 645); und noch weniger kann das Gewicht der l. 15. cit. durch die m. E. völlig grundloſe Behauptung von Fuchs a. a. O. S. 405 fgg. beſeitigt werden, daß in dem von Ulpian hier behandelten Falle eine Art von Innominat-Kontrakt vorliege, und die auf Rückgabe des bezahlten Fahrlohns anzuſtellende condictio causa dat. c. n. s. darum begründet ſei, weil ja der Verluſt des Schiffs die vertragsmäßige Leiſtung gar nicht unmöglich mache, und der Schiffer alſo ohne Grund ſeiner Verpflichtung nicht nachkomme; vgl. dagegen auch Mommſen cit. S. 383 fg. Not. 17. — Das freilich verſteht ſich von ſelbſt, daß, wenn der Lokator vollkommen im Stande und bereit iſt, die Dienſte zu leiſten, der Konduktor aber durch Zufall verhindert wird, ſich dieſelben leiſten zu laſſen, die Gegenleiſtung vollſtändig präſtirt werden muß, es müßte denn etwa der Lokator ſeine Dienſte anderweit untergebracht haben, l. 19. §. 9. 10. loc. cond.:

Ulp. „Quum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum D. Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Quum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. (§. 10). Papinianus quoque libr. IV. Resp. [cf. l. 4. de offic. asses. (1, 22)] scripsit, diem functo Legato Caesaris salarium Comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea Comites cum aliis eodem tempore fuerunt",

und von Fällen der letzteren Art muß auch die l. 38. loc. cond. verſtanden werden, vgl. auch l. 61. §. 1. eod. Weiter geht freilich die l. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50, 13).

Ulp. „Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret",

und Manche laſſen ſich hauptſächlich durch dieſe Stelle beſtimmen, die allgemeine Regel aufzuſtellen, daß bei Obligationen auf ein Thun ſtets der Gläubiger die Gefahr tragen müſſe, ſofern nur ohne Schuld des Verpflichteten die Erfüllung nicht geſchehen könne, vgl. z. B. Mühlenbruch §. 365, v. Madai a. a. O. S. 281, Fuchs a. a. O. S. 403 fgg. Dieſer Regel widerſpricht aber nicht nur die oben ausgezogene l. 15. §. 6. loc. cond., ſondern auch die ſo nahe liegende Analogie der locatio conductio *rerum*, und l. 1. §. 13. cit. enthält doch wohl nur eine ſinguläre Beſtimmung für das Honorar der Advokaten, Glück IV. S. 375. Not. 36, Puchta §. 302. Not. h., Mommſen S. 360, ſo daß daraus nicht einmal, wie Errleben cit. S. 420 fgg. will, eine allge-

meine Regel für vorausbezahlte Honorare abgeleitet werden kann (vgl. dagegen auch Mommsen S. 387 fg. Anm. 21.), und noch viel weniger daraus die Grundsätze über das periculum bei dem Dienstmieth-Vertrag konstruirt werden dürfen. Wenn übrigens Wolff a. a. O. S. 142 fgg. die l. 1. §. 13, cit. dadurch mit den allgemeinen Grundsätzen in Einklang bringen will, daß er supponirt, dem Advokaten sei schon vor seinem Tode aus einem außer ihm liegenden Grunde die Führung des Prozesses unmöglich gewesen und der Kaiser reskribire also nur, es dürften darum die Erben nicht belangt werden, weil ihr Erblasser schon ehe er gestorben sei, von der Prozeßführung ohne seine Schuld abgehalten gewesen sei: so möchte diese überaus gezwungene Interpretation sich schwerlich Freunde erwerben.

Ueber die Gefahr bei alternativen Forderungen ist schon an einem andern Orte geredet worden, vgl. oben §. 569. Anm. 2. S. 20 fgg.

VI. Von der Kollision mehrerer Obligationen.

1) Im Allgemeinen. §. 592.

2) Insbesondre im Falle der Insolvenz des Schuldners.

Dig. XLII. 3. de cessione bonorum, 4. quibus ex causis in possessionem eatur, 5. de rebus auctoritate judicis possidendis s. vendundis, 6. de separationibus, 7. de curatore bonis dando. — Cod. VII. 71. qui bon. cedere possunt, 72. de bonis auctor. jud. possidend., 73. de privileg. fisci, 74. de privileg. dot. — Dabelow, Versuch einer ausführl. system. Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Halle 1792, 2. Aufl. 1840, Schweppe, das System d. Konkurses der Gläubiger. Kiel 1812, 3. Aufl. Gött. 1829, Kori, System des Konkurs-Proz. nebst der Lehre v. d. Klassen der Gläubiger nach gemein. u. königl. Sächs. Rechte 2. Aufl. Leipz. 1828, W. H. Puchta, über den Konkursproz. Erl. 1827, Bayer, Theorie der Konkurs-Proz. München 1836. 4. Aufl. 1850. Vgl. auch *Runde*, comm. de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati. Goett. 1794.

A) Klassifikation der Gläubiger überhaupt. §. 593.

Gmelin, die Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprozesse nach dem römischen, deutschen und bes. würtemberg. Rechte 1774, 5. Aufl. Stuttg. und Tüb. 1813, Dabelow a. a. O. (1. Aufl.)

Bd. II. S. 175 fgg., Schweppe a. a. O. (3. Aufl.) §. 67 fgg., S. 121 fgg., Kori a. a. O., Sintenis II. §. 94, Hartert, die Priorität der Gläubiger. Marb. 1855.

Anm. Die sehr eigenthümlichen prozessualischen Grundsätze bei dem Konkurs der Gläubiger, welche sich in Deutschland durch Gerichtsgebrauch und Doktrin herausgebildet haben, können natürlich hier nicht dargestellt werden, sondern fallen völlig der Prozeßtheorie anheim. Allerdings aber sind hier die materiellen Grundsätze, nach welchen die mehreren Gläubiger im Verhältniß zu einander lozirt werden müssen, wenigstens anzudeuten. Es müssen aber hierbei mehrere Klassen von Berechtigten unterschieden werden:

I. Von den eigentlichen Konkurs-Gläubigern sind vor allen Dingen die s. g. Vindikanten (oder auch wohl Separatisten *ex jure dominii*) auszuscheiden, die das s. g. ordentliche Separationsrecht ausüben. Es versteht sich nämlich von selbst, daß als Objekt der Befriedigung für die Konkurs-Gläubiger nur das eigne Vermögen des Gantschuldners (des s. g. Kridarius) angesehen werden kann, und wie der Güterpfleger auf der einen Seite die Verpflichtung hat, alles dazu Gehörige oder in fraudem creditorum Herausgekommene herbeizuschaffen, so muß auf der andern Seite auch alles diesem Vermögen Fremde ausgeschieden werden. Diejenigen nun, welche einzelne, in der Konkursmasse befindliche Sachen, als gar nicht in dieselbe gehörig, für sich in Anspruch nehmen, sind die s. g. Vindikanten, und dergleichen können vorzüglich in folgenden drei Fällen vorkommen:

1) Wenn Jemand mit einer *actio in rem* die Herausgabe einer in der Konkursmasse befindlichen Sache verlangt, sei es, daß er mit einer rei vindicatio oder actio Publiciana Eigenthum, oder mit einer hereditatis petitio Erbrecht, oder mit einer utilis vindicatio Emphyteusis oder Superfizies, oder mit einer confessoria actio Ususfruktus, Usus oder Habitatio in Anspruch nimmt, und hier greifen denn auch besonders wichtig die singulären Fälle ein, in denen Jemand eine utilis vindicatio gegen den Besitzer des Surrogats hat (vgl. Bd. I. §. 332. Anm. 3. bei Nr. 2). Wer blos eine Realservitut anspricht, kann natürlich nicht die Herausgabe der Sache verlangen, und Pfandgläubiger müssen sich nach den Prinzipien des deutschen Konkurs-Rechts in den Konkurs einlassen, und sich mit den übrigen Konkurs-Gläubigern loziren lassen.

2) Wenn der Kridarius den Besitz (nicht das Eigenthum) einer Sache erlangt hat, und er vermöge eines Obligations-Verhältnisses zur Rückgabe der Sache in specie verpflichtet ist, so braucht auch hier der Kreditor sich begreiflich nicht in den Konkurs einzulassen, sondern er kann vermittelst der entsprechenden Obligations-Klage sein ordentliches Separationsrecht geltend machen. Hierher gehören z. B. die Fälle der actio commodati, depositi, pigneraticia in personam, locati, mandati u. dgl. m., und eben dahin gehören auch manche Deliktsklagen, wie z. B. die condictio furtiva, das interdictum unde vi u. a. m. In solchen Fällen den Gläubiger nöthigen zu wollen, zum Zwecke des Absonderungsrechts die Vindikation anzustellen, vgl. z. B. Gmelin a. a. O. §. 54, hat schlechthin keinen genügenden Grund für sich.

3) Endlich gehören hierher auch die Fälle, in denen Jemand mit einer s. g. *actio in rem scripta* die Herausgabe einer Sache verlangen kann, z. B. mit einer actio de pauperie, einer a. quod metus causa u. dgl. m.

Vgl. überhaupt Gmelin a. a. O. §. 32 fgg. S. 72 fgg., Dabelow a. a. O. Bd. I. §. 18 fgg. S. 48 fgg., Schweppe a. a. O. §. 44 fgg. S. 80 fgg., Bayer a. a. O. §. 51.

II. Wohl zu unterscheiden von den Vindikanten sind die s. g. Separatisten *ex jure crediti*, welche ein s. g. außerordentliches Separationsrecht geltend machen. Während nämlich die Ersteren, welche gar keine wahren Konkursgläubiger sind, einzelne Sachen als gar nicht zur Masse gehörig ausscheiden, trennen die Letztren, welche wirklich zu den Konkurs-Gläubigern gehören, einen Theil der Masse nur zu dem Zweck ab, um davon die übrigen Konkurs-Gläubiger auszuschließen, so daß nun eigentlich zwei Konkurs-Massen und zwei Konkurs-Prozesse entstehen (s. g. concursus particularis et universalis). Eine solche Separation ex jure crediti kommt aber nach gemeinem Rechte in folgenden Fällen vor:

1) Wenn Erbschafts-Gläubiger oder Vermächtnißnehmer von dem bekannten beneficium separationis Gebrauch machen (vgl. §. 503).

2) Wenn ein Sklave oder Haussohn mit Pekuliengeld ein Handelsgeschäft unternimmt, so können nicht nur die Gläubiger, welche in besondrem Bezug darauf kreditirt haben, die Separation der taberna von dem übrigen Pekulium verlangen, sondern eine solche Trennung findet auch dann Statt, wenn der Sohn oder Sklave mehrere verschiedene Etablissements gegründet hat und Kreditoren in besonderer Beziehung auf eines derselben mit dem Sohne kontrahirt haben, l. 5. §. 15. 16. de tribut. act. (14, 1) (§. 242). Obwohl diese Bestimmungen augenscheinlich in den eigenthümlichen Pekulien-Verhältnissen ihren Grund haben, und darum einer analogen Ausdehnung nicht fähig sind, so will doch ein ziemlich verbreiteter Gerichtsgebrauch dieselben auch dann anwenden, wenn ein homo sui juris mehrere von einander getrennte Handelsgeschäfte betreibt. Vgl. auch Gmelin §. 58, Schweppe §. 148, Hagemann, prakt. Erörtr. VII. 105.

3) Nach einer sehr gewöhnlichen Ansicht sollen bei dem Konkurs eines Haussohns diejenigen Gläubiger, welche demselben mit Rücksicht auf sein kastrensisches Pekulium kreditirt haben, in Betreff dieses letztren ein Separationsrecht geltend machen dürfen. Aber in dem Gesetze, welches man dafür anführt, nämlich in l. 1. §. 9. de separat. (42, 3), ist nach richtigerer Ansicht wohl nicht von einem Separationsrechte einzelner Gläubiger, sondern vielmehr von der Rangordnung der Gläubiger überhaupt in Betreff eines peculium castrense die Rede, und zwar ist da Folgendes bestimmt. Wenn Konkurs über einen Haussohn ausbricht, welcher ein kastrensisches Pekulium hat, so gilt die Regel, daß alle Gläubiger, sowohl die kastrensischen, als die nichtkastrensischen, zusammen gerufen werden, nur mit Ausnahme derjenigen, welche schon vor dem Kriegsdienste des Hauskindes mit demselben kontrahirten, und zwar stehen diese allen, nicht blos den kastrensischen Gläubigern, nach, und mit fernerer Ausnahme derjenigen, welche sich gegen den Vater mit einer actio de in rem verso

wenden können, denn diese sollen zunächst das kastrensische Gut gar nicht, sondern nur den Vater angreifen. Vgl. Fritz im ziv. Arch. XII. 17.

4) Hierher gehört auch, daß Lehengläubiger die Absonderung des Lehns von dem Allodium verlangen können.

Vgl. Gmelin a. a. O. §. 57 fgg. S. 161 fgg., Schweppe §. 147 fgg. S. 269 fgg., Bayer a. a. O. §. 21.

III. Was nun die eigentlichen Konkurs-Gläubiger anbetrifft, so pflegen jetzt in Beziehung auf deren Lokation folgende fünf Klassen gemacht zu werden:

In der ersten Klasse werden gerufen die s. g. absolut privilegirten Gläubiger. Während nach römischem Rechte höchstens nur die Leichenkosten hierher gehören, obwohl selbst dieses der Theorie nach noch sehr großen Zweifeln ausgesetzt ist (vgl. d. folg. Sen Anm.), so hat eine ganz allgemeine feststehende Praxis nicht nur bei ihnen ein absolutes Privilegium angenommen, sondern dahin auch noch außerdem gezogen

1) die Kosten der letzten Krankheit. Zwar pflegt man sich auch hierfür auf einige Stellen des röm. Rechts zu berufen, l. 4. C. de petit. hered. (3, 31), l. 3. C. de relig. (3, 44), aber dort kommt nur eine zufällige Zusammenstellung der Leichenkosten und der Kosten der letzten Krankheit vor, ohne irgend eine Beziehung auf ein Vorzugsrecht, und der Grund des Privilegs darf also in der That nur in einem Gewohnheitsrechte gefunden werden, welches übrigens gute innere Gründe für sich hat.

2) Hierher wird auch gezählt der Gesinde- oder s. g. Liedlohn. Dem römischen Rechte ist jedes Privilegium dieser Art von Forderungen gänzlich fremd, und nur Billigkeit, wobei man sich wohl auch auf die Bibel (Mos. V. 24. V. 13. 14. 15.) und den Sachsenspiegel (B. I. Art. 22. 24.) berief, hat die Einführung dieses absoluten Vorzugsrechts durch Gewohnheitsrecht herbeigeführt. Dasselbe ist aber durchaus nur dann in Anwendung zu bringen, wenn der Gläubiger auch wirklich in Brod und Lohn des Kridarius gestanden hat, mag er nun zu den eigentlichen Dienstboten (Knechte, Mägde und dgl.) oder zu den höher Bedienstete (Privatsekretäre, Hauslehrer, Verwalter u. dgl.) gehören, und die öfter vertheidigte Ausdehnung auf alle solche, welche aus einer locatio operarum oder aus einem ähnlichen Geschäfte Lohn zu fordern haben (Handwerker, Tagelöhner, Advokaten, Aerzte u. s. w.) läßt sich unter keiner Voraussetzung rechtfertigen. Vgl. auch Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel. Bd. VI. S. 222 fgg.

3) Endlich gehören hierher auch die rückständigen fiskalischen Abgaben. Da diese schon nach römischem Rechte das erste privilegium pignoris haben, so war es ganz konsequent, ihnen, nach Einführung einer neuen noch mehr bevorzugten Klasse, einen Platz in dieser anzuweisen.

Vgl. überhaupt Gmelin a. a. O. Kap. III. S 185 fgg., Dabelow II. S. 186 fgg., Schweppe §. 68, Hartert S. 21 fgg.

In der zweiten Klasse kommen die privilegirten Pfandgläubiger nach den Grundsätzen des §. 386.

In der dritten Klasse werden die einfachen Pfandgläubiger nach den Grundsätzen des §. 387. gerufen.

In der vierten Klasse sind die privilegirten chirographarischen Kreditoren zu loziren, nach den Prinzipien des folgenden §en, §. 594.

In der fünften Klasse endlich kommen die einfachen chirographarischen Kreditoren, welche sich dann nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen in den auf diese Klasse kommenden Rest des Vermögens theilen.

IV. Von den in der angegebenen Weise zu lozirenden Konkursgläubigern sind aber noch die s. g. Massegläubiger scharf zu unterscheiden, die sich dadurch charakterisiren, daß sie nicht sowohl creditores cridarii, als vielmehr creditores creditorum sind. Dahin gehört namentlich der Fiskus wegen Abgaben, die während des Konkurses fällig werden, und der dominus emphyteuseos oder superficiei wegen während des Konkurses fällig werdenden Kanons oder Solariums; und dahin gehört auch, wenn das corpus creditorum in Obligations-Verhältnisse des Kridarius (z. B. in eine Pacht) eingetreten ist, oder selbst neue Obligationen (z. B. ein Darlehn ad promovendam massam) abgeschlossen hat. Alle solche Kreditoren müssen begreiflich — vor allen Konkurs-Gläubigern, selbst den absolut privilegirten — vorweg aus der Masse befriedigt werden, so daß nur das Uebrigbleibende zur Perzeption der Konkursgläubiger kommt. Ganz in dieselbe Kategorie pflegen auch nach der in der Theorie und Praxis herrschenden Lehre die Konkurskosten gesetzt zu werden. Daß dies inkonsequent ist, und zu großen Härten hinführt, leuchtet von selbst ein, denn im Grunde werden hiernach die gesammten Prozeßkosten von den später lozirten Gläubigern getragen, und wirklich kam deßhalb gegen das Ende des 17. Jahrhunderts, namentlich in den Ländern des sächsischen Rechts das andere Verfahren auf, daß die Konkurskosten nicht vorweg von der Masse abgezogen, sondern von den einzelnen Gläubigern, welche aus der Masse eine Bezahlung erhielten, in der Weise getragen werden sollten, daß Jeder nach Verhältniß dessen, was er aus der Masse empfing, dazu beitragen sollte. Da aber die nothwendige Folge dieses Verfahrens die ist, daß auch diejenigen Kreditoren, die alle möglichen Sicherungsmittel angewendet haben, doch im Falle eines Konkurses nicht ihre volle Befriedigung erhalten, sondern sich einen Abzug gefallen lassen müssen, und da daraus begreiflich ein empfindlicher Nachtheil für den Kredit hervorgehen muß: so erklärt es sich leicht, daß dieses Verfahren sich doch nicht lange im Rechtsleben erhalten konnte, sondern man wieder zu dem früheren Grundsatze zurückkehrte, wornach die Konkurskosten vorweg von der Masse abzuziehen sind. Vgl. auch Gmelin a. a. O. §. 28 fgg., Schweppe a. a. O. §. 41. 42. 48. 64. 91, Bayer a. a. O. §. 68, Fuchs, Konkursverfahren §. 21.

B) Von dem privilegium exigendi insbesondre. §. 594.

Dig. XLII. 5. de reb. auctor. judic. possid. — *Lauterbach*, de privileg. creditor. personali simplici; in Diss. acad. t. I. nr. 59, *Frister*, de privilegio creditorum personali. Goett. 1840. Vgl. auch Gmelin a. a. O. Kap. VII. S. 554 fgg., Dabelow

a. a. O. II. S. 321 fgg., Schweppe a. a. O. §. 75 fgg. — Unterh. I. S. 390 fgg.

Anm. Das privilegium exigendi — über dieſes Wort vgl. Asher disquiss. d. fontib. jur. Rom. historicae; fasc. I. Heidelb. 1855 p. 17 sqq. —) iſt entweder aus beſonderen perſönlichen Rückſichten gegeben, und ſteht auch nur dem urſprünglichen Kreditor ſelbſt, nicht deſſen Erben zu (privilegium personae), oder es iſt mit der Forderung ſelbſt verbunden und ſteht daher einem Jeden zu, welcher dieſe Forderung geltend macht (privilegium causae).

I. Als privilegium personae kommt daſſelbe zu

1) dem Fiskus wegen aller ſeiner Forderungen, l. 10. pr. de pact. (2, 14), l. 34. h. t., l. 6. pr. de jur. fisci (49. 14), *Paul.* rec. sent. V. 12. §. 10. und eben ſo auch dem Regenten und der Regentin, l. 6. §. 1. de jure fisci. Wie es ſich in Betreff der fiskaliſchen Strafforderungen verhält, iſt nicht ganz ausgemacht. Nach dem Ausſpruch Modeſtin's in l. 17. de jur. fisci:

> „In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi“,

und des Kaiſers Alexander in l. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7):

> „Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo, quod poenae nomine adjectum est, propria forma servanda est“,

ſcheint man annehmen zu müſſen, daß der Fiskus mit Strafforderungen hinter alle Kreditoren — auch die nicht privilegirten — zu loziren ſei, während Papinian in l. 37. de jure fisci dem Fiskus blos das Privilegium abſpricht:

> „Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat“.

Gewöhnlich zieht man h. z. T. die Kodexſtelle vor, und gibt in Folge davon den fiskaliſchen Strafforderungen die letzte Stelle im Konkurs. Da aber Papinian in l. 37. cit. ganz denſelben Satz, welcher in l. un. C. cit. und l. 17. cit. ausgeſprochen iſt, ebenfalls vorausſetzt, dieſen Satz aber ſo interpretirt, daß dadurch den fiskaliſchen Strafforderungen nur das Privilegium entzogen ſei, nicht aber ſo, daß der Fiskus ſchlechter geſtellt ſei, wie andre nichtprivilegirte Gläubiger: ſo müſſen wir doch wohl dieſe Interpretation, ſo unrichtig ſie uns auch ſcheinen mag, als die geſetzlich anerkannte betrachten, und ſie auch auf l. 17. und l. un. citt. in Anwendung bringen.

2) Privilegirt ſind auch die Städte in Betreff aller ihrer Forderungen, l. 38. §. 1. h. t.: „Res publica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur“. Der öfter vertheidigten Ausdehnung auf Kirchen oder auf alle Kollegien fehlt es an jedem genügenden Grunde.

3) Ferner ist auch die Ehefrau privilegirt in Betreff ihrer Dotalforderung, und zwar auch die putative Ehefrau und selbst auch die Braut, l. 22. §. ult. sol. matr. (24, 3), l. 74. de jure dot. (23, 3), l. 17. §. 1, l. 18. 19. pr. h. t., l. un. C. de privileg. dot. (7, 74).

4) Endlich haben auch Bevormundete dieses Privilegium gegen ihre Vormünder, Protutoren und diejenigen, welche sich aus Freundschaft ihrer Angelegenheiten annehmen, l. 19. §. 1. — l. 23. h. t., l. 42, l. 44. §. 1. de adm. et per. tut. (26, 7). Den Magistraten gegenüber findet das Privilegium nicht Statt, l. 1. §. 14. de mag. conv. (27, 8), und gänzlich cessirt dasselbe bei blosen Vermögens-Kuratelen.

II. Als privilegium *causae* kommt dasselbe bei folgenden Forderungen vor:

1) Bei Forderungen wegen Leichenkosten, und zwar nicht blos, wenn es sich um Beerdigung des Kridarius selbst handelt, sondern auch, wenn ein Anderer begraben ist, wegen dessen Begräbniß der Kridar mit einer actio funeraria hätte belangt werden können, l. 45. de relig. (11, 7), l. 17. pr. h. t. Ueber den Begriff von Leichenkosten vgl. l. 14. §. 3—5, l. 37. de relig. (11, 7), Samhaber in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 424 fgg., Walther das. N. F. XVII. S. 364 fgg.;

2) bei Forderungen aus einem Gelddarlehn, welches zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes dem Eigenthümer, oder in dessen Auftrag dem Unternehmer des Baues vorgeschossen worden ist, l. 25. de R. C. (12, 1), l. 24. §. 1. h. t.;

3) bei Forderungen, welche ein Sozius auf verhältnißmäßigen Ersatz wegen Ausbesserung eines gemeinschaftlichen Gebäudes erworben hat, l. 52. §. 10. pro socio (17, 2);

4) bei Darlehn zum Zweck des Ankaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffs, welchem Falle auch der andre gleichsteht, wenn der Verkäufer eines Schiffs das Kaufgeld kreditirt hat, l. 26. 34. h. t.;

5) bei Forderungen wegen unverzinslicher Niederlegung von Geldern bei einem Argentarius, l. 24. §. 2. h. t., l. 7. §. 2. depos. (16, 3). Eine sehr gewöhnliche obgleich theoretisch verwerfliche Praxis dehnt dies auf jede actio depositi aus. —

Noch sind in Betreff des privilegium exigendi folgende Sätze zu bemerken:

1) Das Privilegium gibt nur immer einen Vorzug unter chirographarischen Gläubigern, und Pfandgläubiger werden dadurch nicht getroffen, l. 9. C. qui potior. in pign. (8, 18):

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Eos, qui acceperunt pignora, quum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constitit“,

vgl. l. 74. de jure dot. (23, 3) [„privilegium, *quod inter personales actiones vertitur*“]. Nur in Betreff der Leichenkosten wird sehr gewöhnlich eine Ausnahme von diesem Grundsatze behauptet, indem man ihnen selbst auch nach römischem Rechte einen Vorzug vor den hypothekarischen Gläubigern einräumt, und zwar beruft man sich dafür auf *Paul.* rec. sent. I. 21. §. 15:

„Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum *primo loco* deducitur“,

ferner auf l. 45. de relig. (11. 7):

Maecianus. „Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, *quae etiam omne creditum solet praecedere*, quum bona solvendo non sint“,

und endlich noch vorzugsweise auf l. 14. §. 1. eod.:

Ulpian. „Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri“,

vgl. Glück XI. S. 429 fgg. und die dort zahlreich Angeführten. Obwohl nun wirklich die herrschende Lehre nicht ohne großen Schein aus diesen Stellen begründet wird, so ist dieselbe doch keineswegs zweifellos, und wenn man erwägt, daß nach den Prinzipien des römischen Rechts die Pfandgläubiger sich gar nicht in den Konkurs einließen, sondern unabhängig davon ihr Recht verfolgten, so muß uns dieselbe fast unmöglich erscheinen. In der That lassen denn auch die Aussprüche des Paulus und Mäcianus sehr wohl die Auslegung zu, daß nur unter den chirographarischen Forderungen die wegen der Leichenkosten die erste Stelle einnehmen solle, und der Ausspruch des Ulpian ist wohl auf den Fall zu beschränken, wenn Jemand noch unbegraben liegt, und nun durch Einschreiten der Obrigkeit die Beerdigung erzwungen wird, vgl. die folg. Worte der l. 14. §. 1, cit.:

„Sed si adita fuerit postea hereditas, res emtori auferenda non est, quia bonae fidei possessio est, et dominium habet, qui *auctore judice* comparavit“.

So natürlich es in solchem Nothfalle ist, daß das Erste Beste aus dem Vermögen des Schuldners angegriffen, und selbst ein etwaiges Pfandrecht nicht respektirt wird, so wenig möchte sich daraus doch folgern lassen, daß, wenn der Verstorbene bereits begraben ist, auch die dadurch begründete Forderung einen Vorzug vor Pfandrechten haben solle. Vgl. auch außer den von Glück Not. 29. 30. Angeführten noch bes. *Frister* l. c. cap. 1. §. 1. 2. Wie sich dies nun aber auch nach römischem Rechte verhalten mag, so ist es doch für unser heutiges Recht völlig entschieden, daß die Forderung wegen Leichenkosten allen übrigen, selbst auch den privilegirten hypothekarischen vorgeht, indem sie zu den s. g. absolut privilegirten gezählt wird, vgl. den vorhergehenden §en.

2) Das Privilegium erstreckt immer seine Wirkungen auf das ganze Vermögen, und daraus geht von selbst hervor, daß es auch Spezial-Pfandgläubigern in dem Falle nützlich sein kann, wenn die speziell verpfändete Sache zur vollen Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Wenn aber der creditor privilegiarius auch ein generelles Pfandrecht hat, dann ist das privilegium begreiflich ganz bedeutungslos, und wenn wir doch mehrere Fälle finden, in denen privilegium exigendi und gesetzliches Generalpfand zusammentreffen, so ist dieses nur historisch dadurch zu erklären, daß später zu der geringeren gesetzlichen Garantie durch das Privilegium eine umfassendere durch stillschweigendes

Pfand hinzutrat. Dadurch ist namentlich das privilegium exigendi des Fiskus, der wirklichen orthodoxen Ehefrau, und in den meisten Fällen auch das privilegium der Bevormundeten für unser heutiges Recht unpraktisch geworden.

3) Wenn Jemand zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers Geld hergibt, und damit auch wirklich die Abfindung bewerkstelligt, so tritt er an die Stelle des Abgefundenen, einerlei ob er unmittelbar an den Gläubiger, oder ob er zunächst an den Schuldner gezahlt hat, l. 24. §. 3. h. t., l. 2. de cess. bonor. (42, 3).

4) Treffen mehrere privilegirte Gläubiger zusammen, so gilt die natürliche Regel, daß das Privilegium für Alle wegfällt, und also das vorhandene Vermögen pro rata unter sie vertheilt wird, ohne daß hierbei etwa ein Vorzug des Alters vorkäme, l. 32. h. t.

> *Paul.* „Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerunt, concurrent, licet diversitates temporis in his fuerint".

Besonders privilegirt sind jedoch die Leichenkosten, indem diese immer die erste Stelle unter den privilegirten Forderungen einnehmen (s. die vorher bei Nr. 1. angef. Stellen), und nach ihnen die fiskalischen Forderungen, *Paul.* rec. sent. V. 12. §. 10, l. 34. fin. h. t.; welche beide Bestimmungen jedoch für unser heutiges Recht nicht mehr in Betracht kommen, da die Leichenkosten immer schon unter die s. g. absolut privilegirten Forderungen, die fiskalischen Forderungen theils ebenfalls unter diese, theils unter die Generalpfandrechte zu loziren sind. Wenn außerdem sehr häufig auch noch die Respublica als besonders privilegirt angeführt wird, weil sie nach l. 38. §. 1. h. t. „omnibus chirographariis creditoribus praefertur", so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen, indem jene Worte doch wohl nur das Privilegium selbst, nicht aber einen besondren Vorzug dieses Privilegiums ausdrücken sollen. Und wenn öfter auch noch der Forderung wegen Erbauung, Ausrüstung oder Ankauf eines Schiffs eine bevorzugte Stelle unter den creditores privilegiarii eingeräumt wird wegen l. 34. h. t.:

> *Marcian.* „Quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae causa vel quoque modo crediderit, vel ob navem venditam petat, *habet privilegium post fiscum*",

so sagen diese Worte doch augenscheinlich nichts weiter, als daß das fiskalische Privilegium dem hier angeführten vorgehe, aber keineswegs auch, daß dieses letztere den Vorrang vor den übrigen haben solle. — Sehr zweifelhaft dagegen ist es

a) wie es sich mit dem privilegium *dotis* verhalte. Soviel ist unleugbar, daß die Dotalforderung den übrigen privilegirten Forderungen dann vorgehen soll, wenn diese letzteren später entstanden sind, l. 9. C. de jure dot. (5, 12):

> *Decius.* „Dotis tuae potiorem causam magis esse convenit, quam reipublicae, cui postea idem maritus obnoxius factus est".

Es läßt sich aber Manches dafür sagen, daß dieses Vorzugsrecht des privilegium

dotis nicht blos auf den Fall des höheren Alters zu beschränken, sondern allgemein anzunehmen sei, so daß das „*postea*“ (welches überdies bei Haloander ganz fehlt), nur auf ein zufälliges Merkmal des in diesem Reskripte entschiedenen Falls hinweisen würde. Für diese Auslegung spricht nämlich nicht nur, daß nach l. 32. cit. unter mehreren Privilegien weit leichter ein Vorzug der causa, als des Alters angenommen werden darf, sondern dieselbe wird auch noch sehr unterstützt durch l. 12. pr. C. qui potior. in pignor. (8, 18):

> *Justinian.* „Nos itaque ad antiquas leges perspeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni — — magnam praerogativam praestantes, *ut contra omnes paene personales actiones habeant privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores*“.

Nimmt man diese Auslegung an, so würde dem Dotalprivilegium eine bevorzugte Stelle hinter den Leichenkosten und den fiskalischen Forderungen anzuweisen sein.

b) Sehr zweifelhaft und bestritten ist es, welchen Platz unter den privilegirten Forderungen das unverzinsliche Depositum bei einem Argentarius einnehme? Während nämlich die l. 24. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* lib. 63. ad Edict. „In bonis mensularii vendundis *post privilegia* potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim, qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen numi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia“,

einem solchen Depositum die letzte Stelle unter den privilegirten Forderungen zuweist, wird demselben umgekehrt von demselben Ulpian an einer früheren Stelle desselben Werks die erste Stelle eingeräumt, nämlich in l. 7. §. 2. depos. (16, 3):

> *Ulp.* lib. 30. ad. Edict. „Quoties foro cedunt numularii, solet *primo loco* ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et *ante privilegia* igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito“,

womit auch noch zu verbinden ist der folgende §. 3. eod.:

> „Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos; hoc enim Rescripto Principali significatur“,

und die durch die Kompilatoren in unmittelbaren Zusammenhang damit gebrachte l. 8. eod.:

> *Papinian.* „Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum

argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet".

Zur Vereinigung jener zwei widerstreitenden Stellen sind von jeher sehr zahlreiche Versuche gemacht worden, ohne daß jedoch bisher einer dieser verschiedenen Meinungen eine nur irgend allgemeinere Zustimmung zu Theil geworden wäre, und in der That ist bei dieser, ursprünglich gewiß sehr einfachen Frage, durch die Ungeschicklichkeit der Kompilatoren eine solche Verwirrung in unsre Quellen gekommen, daß schwerlich eine Auslegung gefunden werden möchte, welche nicht erhebliche Zweifel übrig ließe. Mir scheint folgende, im Wesentlichen schon von *Frister* l c. §. 11. 18. vertheidigte Ansicht am Besten mit Wort und Geist der in Frage stehenden Gesetze übereinzustimmen. Man muß drei Fälle von einander unterscheiden. Wenn erstens die bei dem Argentar deponirten Gelder noch in specie unversehrt vorhanden sind, so versteht es sich, daß der Deponent sie vindiziren kann, und so allen Kreditoren ohne Ausnahme, auch den privilegirten, vorgeht, l. 24. §. 2. cit. fin. Wenn umgekehrt zweitens von den deponirten Geldern nichts mehr vorhanden ist, dann steht der Deponent mit seiner Forderung zwar den sonstigen privilegirten Gläubigern nach, geht aber den nicht privilegirten vor, d. h. er nimmt unter den privilegirten die letzte Stelle ein, l. 24. §. 2. cit. init. Es kann aber auch drittens noch vorkommen, daß zwar allerdings bei dem Argentarius, welcher seine Zahlungen einstellt, noch deponirte Gelder vorgefunden werden, aber die einzelnen Deponenten doch nicht bestimmen können, welches gerade in specie die ihrigen seien, so daß eine eigentliche Vindikation nicht zulässig ist; und für diesen Fall enthält die l. 7. §. 2. cit. die sachgemäße Bestimmung, daß hier die Deponenten in Beziehung auf die vorgefundenen deponirten Gelder, allen, auch den privilegirten, Gläubigern vorgehen (§. 2.), unter sich aber pro rata konkurriren sollen (§. 3). Werden sie dadurch nicht vollständig befriedigt, so haben sie wegen ihrer Restforderung allerdings auch an das übrige Vermögen des Argentarius Anspruch, l. 8. cit., aber, wie sich nach l. 24. §. 2. cit. von selbst versteht, nur erst nach den anderweiten privilegirten Gläubigern. — Ich habe schon vorher bemerkt, daß wohl keine Interpretation ganz zweifellos sein möchte, und so ist es auch diese nicht, und namentlich will die l. 8. cit. nicht recht passen, indem hier ganz dasselbe Privilegium in Betreff der noch vorhandenen deponirten Gelder und in Betreff des übrigen Vermögens angenommen scheint; aber doch halte ich die Schwierigkeiten bei dieser Auslegung für viel geringer, als bei jeder andren, und insbesondere dürfte jener falsche Schein aus l. 8. cit. wohl nur aus der ungeschickten Weglassung des Anfangs dieser Stelle, und aus der noch ungeschickteren Verbindung derselben mit der l. 7. cit. entstanden sein. Ein sehr wesentlicher Vorzug dieser Auslegung vor jeder andren ist aber sicher der, daß das Resultat derselben durchaus natürlich und sachgemäß ist, und namentlich die Unterscheidung jener drei Fälle sich bei besonnener Betrachtung unseres Verhältnisses fast mit Nothwendigkeit aufdringt. Vgl. jetzt auch *Pellat*, textes choisis des Pandect. 2. edit. Par. 1866. p. 78 suiv., Windscheid, Lehrb. II. §. 271. Not. 20. 22. — Vergleichen wir hiermit die anderweiten schon aufgestellten Vereinigungs-Ver-

ſuche, ſo ſind dies hauptſächlich folgende: 1) Ganz ungenügend iſt de Gloſſe. Zu l. 7. §. 2. cit. wird bemerkt, daß in dieſer Stelle von den privilegia personalia (dem privilegium exigendi), in l. 24. §. 2. cit. aber von privilegia realia (geſetzlichen Pfandrechten) die Rede ſei, und man muß ſich wundern, daß dieſe augenſcheinlich unzuläſſige Interpretation doch auch ſpäter Anhänger gefunden hat, vgl. z. B. *Bachov* ad *Treutler*. vol. I. p. 988. In der Gl. ad l. 24. §. 2. cit. (l. 8. de privil. credit. 42, 6) wird auch dieſe Auslegung nicht erwähnt, wohl aber werden drei andere Vorſchläge zur Vereinigung gemacht, die an's Abſurde gränzen; man ſoll nämlich das: post privilegia in l. 24. cit. ſo verſtehen: „postquam facta est lex, quae privilegium dat deponentibus", oder man ſoll dabei ſubintelligiren: *quaedam*, oder endlich gar, man ſoll das post privilegia erklären durch: postpositis privilegiis, wornach es ſo viel wäre, wie: ante privilegia! — 2) *Cujac.* in lib. IX. Quaest. Papin. ad l. 8. depos., in opp. IV. p. 210. will die l. 7. cit. von demſelben Falle verſtehn, welchen die l. 24. §. 2. fin. berührt, wenn nämlich die deponirten Gelder noch in specie vorhanden ſind, und eine Vindikation zuläſſig iſt, und dieſe Auslegung iſt ſpäter vielfach wiederholt worden, vgl. z. B. *Forner.*, Select. lib. III. c. 8. (in Otto thes. II. p. 98), *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 24. §. 2. cit. (tom. VI. p. 497) und die dort Angef., *Runde* cit. (ſ. oben §. 592) §. 67. p. 78, Mühlenbruch §. 173. Not. 16, Unterh. I. S. 394. Obwohl dieſe Meinung auch die Auktorität des Scholiaſten zu den Baſiliken für ſich hat (vgl. Basil. XIII. 2. fragm. 8. schol. a. bei Fabr. II. p. 119, bei Heimb. II. p. 44), ſo ſcheint mir dieſelbe doch völlig unvereinbar mit l. 7. §. 3. cit., denn bei mehreren Vindikanten kann doch gewiß nicht von einem Konkurriren pro rata die Rede ſein. — 3) Andre wollen zwiſchen depositum regulare und irregulare unterſcheiden, und im erſten Falle (wenn die Reſtitution der Geldſtücke in specie bedungen wurde) die l. 7. §. 2. cit., im zweiten aber (wenn nur dieſelbe Quantität zu reſtituiren iſt) die l. 24. §. 2. cit. in Anwendung bringen, vgl. z. B. *Hilliger* ad Donell. XXIII. 15. lit. l., *Schulting*, thes. controv. dec. 59. §. 5, *Meier*, colleg. Argentor. lib. 42. tit. 5. §. 37, *Lauterbach*, colleg. theor. pract. lib. 42. tit. 5. §. 55. und in diss. cit. §. 49. (in Diss. acad. I. p. 931), Gmelin a. a. O. S. 561, Puchta, Pand. §. 248. Not. x. Vorleſ. ad h. l., Seuffert §. 254, Arndts §. 227. u. A. m. — 4) Andre nehmen eben ſo willkührlich an, in l. 24. cit. rede Ulpian von den ſ. g. abſoluten Privilegien (z. B. Leichenkoſten, nothwendigem Aufwand auf die Regulierung der Maſſe), während in l. 7. cit. von dem eigentlichen privil. exigendi die Rede ſei, vgl. z. B. *Voet* ad lib. XX. tit. 4. §. 14. — 5) Wieder Andre wollen einen durch Nichts begründeten (vgl. z. B. dagegen l. 47. §. 1. de pact. 2, 14, und Basil. IX. 7. fr. 24. mit XIII. 2. fr. 7. §. 2, an welchen beiden Stellen ſowohl für den argentarius, wie für den mensularius daſſelbe griechiſche Wort: τραπεζίτης gebraucht wird) Unterſchied zwiſchen *argentarii* und *mensularii* annehmen; von den erſtren rede die l. 7. cit., von den andren aber die l. 24. cit., vgl. *Overbeck*, de collocatione depositi. Heidelb. 1806. §. 9 sqq., Glück XV. S. 224 fgg., Emmerich in der Gießer Zeitſchr. V. S. 72 fgg. — 6) Neuſtetel endlich in ſein. und Zimmern's römiſch-rechtl.

Unterſ. Nr. 2. S. 33 fgg. will die Vereinigung der beiden Stellen dadurch herbeiführen, daß er die l. 7. cit. von ſolchen verſteht, die das bei ihnen deponirte Geld weiter an einen Argentarius deponiren, alſo von deponirenden Depoſitaren, die l. 24. cit. aber von ſolchen, die ihr eignes Geld bei einem Argentarius niederlegen, und dieſer Anſicht ſtimmt auch Wening in den von ihm ſelbſt beſorgten Ausgaben ſeines Lehrb. §. 204. bei. Obwohl dafür nicht ohne einigen Schein die Worte der l. 7. §. 2. cit. angeführt werden können: solet primo loco ratio haberi *depositariorum*, hoc est eorum, *qui pecunias depositas habuerunt*, ſo verſchwindet dieſer Schein doch gleich im folgenden Satz, wo gerade die, „*qui deposuerunt*“, depositarii genannt werden, ſo daß Ulpian unter den depositarii offenbar die Deponenten verſtanden hat, was auch aus vielen anderen Gründen gut nachgewieſen iſt von Emmerich in der Gießer Zeitſchr. V. S. 55 fgg., vgl. auch Fritz zu Wening II. S. 158 fgg. -- Man kann ſich nicht wundern, daß bei dieſer Lage der Sache nicht Wenige an der Möglichkeit einer Vereinigung völlig verzweifeln, und dann regelmäßig die l. 24. §. 2. cit. als das praktiſch allein anwendbare Geſetz anſehen, theils weil im Zweifel immer das geringere Privilegium anzunehmen ſei, theils weil dieſe Stelle in dem Titel ſtehe, worin ex professo von dem privilegium exigendi die Rede ſei, vgl. z. B. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 867, Schweppe, Konkurs §. 77, Fritz zu Wening a. a. O. und in der von ihm beſorgten Ausg. des Lehrb. §. 204. u. A. m.

Zweites Kapitel.

Von der Entstehung der Obligationen.

Westenberg, de causis obligationum liber singularis s. dissertt. IX. (in opp. I. p. 57 sqq.), Savigny, Oblig. Bd. II.

I. Uebersichtliche Darstellung der Entstehungsgründe der Obligationen. §. 595.

II. Insbesondere von Entstehung der Obligationen durch Verträge.

Inst. III. 15 [16] de verborum obligatione, III. 19 [20] de inutilibus stipulationibus; Dig. II. 14. de pactis, XLV. 1. de verborum obligatione; Cod. II. 3. de pactis, VIII. 38. de contrahenda et committenda stipulatione, VIII. 39. de inutilibus stipulationibus. — *Vinnius*, tract. de pactis (in tract. IV. de jurisd. pact. transact. collat. Amst. 1651. 12. und öfter, z. B. Roterod. 1664. Traj. ad Rh. 1722), *Noodt*, lib. sing. ad Edict. Praet. de pact. et transact., in opp. I. p. 419 sqq., *Langsdorf*, de pactis et contractibus Romanorum et de vero hujus doctr. nexu atque systemate. Manh. 1772. (im Auszug und mit Bemerkungen von Hugo in dessen ziv. Mag. I. 18), Schmitthenner, über Verträge, insbes. das Neuerecht. Gießen 1831, Heimbach im Rechtsler. XII. S. 791 fgg.

1) Begriff und Hauptarten.

A) Begriff von Vertrag. §. 596.

v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. Bd. III. S. 307 fgg., Obligat. II. S. 7 fg.

Ulp. l. 1. §. 2. 3. de pactis: Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. (§. 3). Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendive causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

B) Klassifikation der Verträge nach römischem Rechte.

a) Uebersichtliche Darstellung. §. 597.

Langsdorf l. c., Rudhart, Unters. über systemat. Eintheil. und Stellung der Verträge für Doktrin und Legislat. Nürnberg 1811, S. 185 fgg., Schmitthenner a. a. O. S. 47 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 153 fgg., IV. S. 1 fgg., v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pandektenr. (Erl. 1840) Nr. 3. S. 216 fgg., Liebe in der Gießer Zeitschr. XV. S. 63 fgg., S. 192 fgg., Unterholzner I. S. 25 fgg., Savigny II. S. 196 fgg.

b) Insbesondere:

aa) Von den s. g. Formal-Kontrakten. §. 598.

Ueber das *Nexum* (contractus per aes et libram): v. Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berl. 1835 (auch in dessen verm. Schriften Bd. II. S. 396 fgg., wo sich auch S. 461 fgg.

ein Nachtrag aus dem Jahr 1849 findet), v. Scheurl, vom Nexum. Erl. 1839, *Car. Sell*, de Romanor. nexo et mancipio. Brunsv. 1840, *v. Heusde*, de lege Poetelia Papiria. Traj. ad Rh. 1842, Bachofen, das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia. Basel 1843, Huschke, über das Recht des nexum und das alte röm. Schuldrecht. Leipzig 1843, *Giraud*, des Nexi ou de la condition des debiteurs chez les Romains. Par. 1847. Vgl. auch Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts. Th. II. (1843) S. 85 fgg. und Puchta, Kurs. der Institut. Bd. III. §. 269. — Ueber die *Stipulatio*: *Mühlenbruch*, comm. hist. jurid. de vera origine, genuina vi ac indole stipul. Manh. 1805, *Garsynsky*, de orig. stipul. Vratisl. 1821, *Macieowsky*, Exc. ad Virg. Aen. X. 74; inest disqu. de orig. stipul. Varsav. 1827. (vgl. Tüb. krit. Zeitschrift IV. S. 335 fgg.), Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschw. 1840, Gneist, form. Vertr. Abth. II. und III, Girtanner, die Stipulation. Kiel 1854, vgl. auch Bähr, Anerkennung 2. Aufl. S. 11 fgg. 130 fgg., Danz, der sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr. Jena 1857. S. 102 fgg. S. 236 fgg., Salpius, Novation S. 211 fgg. — Ueber Literalkontrakt: v. Savigny, über den Literalkontrakt der Römer; in den Abh. der histor.-phil. Klasse der Berl. Akademie. 1819. S. 289 fgg. (auch in dessen verm. Schriften Bd. I. S. 205 fgg. mit einem ausführl. Nachtrag aus dem Jahr 1849), *Hanlo* (praes. v. Hall), de nominum obligatione. Amst. 1825. (vgl. Erl. Jahrb. IV. S. 153 fgg.), *Wunderlich*, de antiqua literar. obligatione. Goett. 1832, Keller in Sell's Jahrb. I. S. 93 fgg., Schüler, die literarum obligatio des älteren röm. Rechts. Breslau 1842, *Pagenstecher*, de literar. obligatione. Heidelb. 1851, *Gaillard*, des obligations literales. Strasb. 1860, Salpius, Novat. S. 79 fgg. — Ueber die s. g. neueren Literalkontrakte des röm. Rechts s. die oben Bd. I. §. 167 angeff. Schriftsteller.

bb) Von den s. g. Innominat-Kontrakten. §. 599.

Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis, Cod. IV. 64. de rerum permut. et praescriptis verbis. — Außer den in §. 597. Angef. s. noch: *Cujac.* ad tit. Dig. de praescr. verb., in opp. VII. p. 822 sqq., und ad Paul. quaest. lib. 5. ad l. 5. de praescr. verb., in opp. V. p. 1006 sqq., *Donell.* ad tit. Dig. de praescr.

verb., in opp. X. p. 1215 sqq., *Retes*, de contractib. innominat. et act. praescr. verb. (in Meerm. thes. VI. p. 89 sqq.), Reichhelm, Verſ. eines Beweiſes, daß der Römer nur zwei Arten unben. Kontr. kannte. Halle 1800, Glück, Komm. XVIII. S. 76 fgg., Gans, über die fabelhafte Lehre von den Innominatkontr. und dem jus poenitendi, in deſſen röm. Obl. R. Abh. 3. S. 166 fgg., Pöhls, Verſ. einer gründlichen Darſt. der Lehre von Innominat-Kontr. Heidelb. 1821, *Waechter*, doctr. de cond. causa data c. n. s. in contr. innom. Tub. 1822, *Erxleben*, de contractuum innominator. indole ac natura. Goett. 1835, Elvers in ſeiner Themis, neue Folge Bd. I. S. 333 fgg., *Bachofen*, de Rom. judiciis civilib. Goett. 1840. p. 229 sqq., Huſchke in der Gießer Zeitſchr. N. F. V. S. 109 fgg., *Accarias*, théorie des contrats innommés et explication du titre de praescr. verb. au Digeste. Par. 1866, Pernice in krit. V. J. S. X. S. 68 fgg. Hierher gehört auch zum großen Theil die Schrift von Erxleben, die condictiones sine causa. Abth. 2. Die condictio causa data c. n. s. Gött. 1853. Vgl. auch Voigt, die condictiones ob causam S. 458 fgg.

1) *Ulp.* l. 7. de pactis (2, 14): Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (§. 1). Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. (§. 2). Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc *συνάλλαγμα* esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti, evictus est Stichus. Julianus scribit, in factum actionem a Praetore dandam; ille ait, incerti civilem actionem, id est praescriptis verbis sufficere, esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio. — Damit iſt zu vergleichen die intereſſante Paraphraſe in dem erſt jetzt aus dem Cod. Coisl. bei *Heimb.* abgedruckten Schol. ad Basil. XI. 1. fr. 7. (Heimb. I. p. 559 sqq.).

2) *Paul.* l. 5. h. t. Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres,

et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. (§. 1). Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est, sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille, do ut des. (§. 2). At quum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiori casu emtio; si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumtum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi; quod his, quae diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem. (§. 3). Quodsi faciam ut des, et posteaquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. (§. 4). Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego [exegi vel] aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest; quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo quam decem.

Et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, sin autem aliter fecerimus, [magis est] ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni. [Vgl. über die Kritik des §. 4: Huschke a. a. O. S. 410]. (§. 5). Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest, et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Anm. Eine wesentliche Erweiterung des ursprünglichen römischen Kontrakten-Systems wurde seit dem Ende der Republik durch die Doktrin und zwar, wie es scheint, durch den Einfluß Labeo's und seiner Anhänger herbeigeführt. Während nämlich bis dahin, abgesehen von den Formalkontrakten, ein Vertrag nur dann als klagbar angesehen wurde, wenn auf ihn der Begriff eines der speziellen materiellen Kontrakte anwendbar war, für welche actiones vulgares begründet waren (Kauf, Miethe, Mandat u. s. w.), so bildete sich allmälig die Theorie der h. z. T. s. g. Innominat-Kontrakte aus, wornach ein klagbarer Kontrakt stets dann angenommen wird, wenn bei einem zweiseitigen, also auf wechselseitige Leistungen gerichteten, Vertrage von einer Seite bereits wirklich geleistet worden ist. In solchem Falle soll nämlich für den, welcher geleistet hat, eine actio civilis in factum s. praescriptis verbis auf die Gegenleistung zuständig sein, während freilich gegen ihn noch kein Kontraktsrecht begründet ist, bis auch von der andern Seite die entsprechende Leistung erfolgt, so daß ihm bis dahin auch die Befugniß zusteht, seine Leistung mit einer condictio wieder zurück zu fordern. Hierbei sind noch folgende Punkte hervorzuheben:

I. Wesentliches Erforderniß eines Innominat-Kontrakts ist die Zweiseitigkeit; es müssen wechselseitige Leistungen, Leistung und Gegenleistung, bedungen sein, oder, wie es wohl auch in den Quellen ausgedrückt wird, es muß ein συνάλλαγμα vorhanden sein, ein *contractus* in dem engeren S. d. W., l. 19. de V. S., ein *negotium* in dem engeren S., l. 7. §. 2. de pactis (T. 1), l. 1. pr. de aestimatoria (19, 3), l. 13. pr., l. 15, l. 19. pr., l. 22. h. t., l. 32. de R. C. (12, 1), l. 33. de cond. indeb. (12, 6), l. 35. §. 3. de mort. c. donat. (39, 6). Wie die Leistung und Gegenleistung beschaffen sei, ist nach vollständiger Ausbildung des Systems der Innominat-Kontrakte gleichgültig, und die vier Formeln, auf welche die Römer alle zweiseitigen Verträge — nicht bloß die Innominat-Kontrakte — zurück zu führen pflegen: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, paßten also sämmtlich

nach dieser neuesten Gestaltung der Lehre auch für Innominat-Kontrakte. Freilich war dieses nicht von jeher der Fall, indem die Ausbildung der actio praescriptis verbis nur allmälig geschah. Zunächst dürfte wohl eine solche Klage aufgekommen sein bei dem Trödelvertrage, indem man hierbei sehr zweifelhaft war, welche actio vulgaris einzuräumen sei, ob die actio venditi oder locati oder conducti oder mandati, und da wurde denn zur Abschneidung dieser Zweifel die actio praescriptis verbis eingeführt, l. 1. pr. de aestimat. (19, 3), und an diesen Fall reihten sich dann später andre Anwendungsfälle dieser Klage in immer größerer Zahl an, so daß Ulpian in l. 1. cit. sagen konnte:

„Quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam *aestimatoriam* praescriptis verbis actionem",

in welcher Stelle man also gewiß nicht das *aestimatoriam* als ein unechtes Glossem ausmerzen darf. Wie aber in jenem wahrscheinlich ursprünglichen Falle ein enges Anschließen an das bestehende Kontrakten-System offensichtlich ist, ganz so scheint man auch noch später längere Zeit hindurch die actio praescriptis verbis nur in solchen Fällen als zulässig angesehen zu haben, in denen sich ein spezieller Anknüpfungspunkt an einen benannten Kontrakt nachweisen ließ. So gehen namentlich nicht wenige Anwendungsfälle unserer Klage darauf hinaus, daß in ihnen die Grenzen eines benannten Kontrakts unsicher und schwankend waren, wo dann die römischen Juristen sagten: *tutius esse*, praescriptis verbis agere, §. 2. J. de loc. (3, 24), l. 9. §. 3. de dolo malo (4, 3), l. 13. §. 2. commodati (13, 6), l. 50. de contr. emt. (18, 1), l. 6. de resc. vend. (18, 5), l. 1. §. 1. 2, l. 5. §. 4, l. 12, l. 13. pr. §. 1, l. 17, pr. §. 1. 2. 3, l. 19, l. 20. pr. §. 1. 2, l. 22, l. 24. h. t. Und wo auch nicht gerade dies gesagt werden kann, da lieben es doch die römischen Juristen, wenigstens die Aehnlichkeit mit einem benannten Kontrakte hervorzuheben, vgl. bes. Paulus in l. 5. h. t. (T. 2), wo stets nach einem solchen Anknüpfungspunkt gesucht wird, s. namentlich §. 4: „quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni"; vgl. auch l. 2. de rer. permut. (19, 4), l. 2. C. eod. (4, 64), Paul. rec. sent. V. 6. §. 10. Mochte es aber hiernach auch noch in späterer Zeit manchem römischen Juristen nothwendig scheinen, zur Begründung einer actio praescriptis verbis einen bestimmten Anhaltspunkt in einem analogen benannten Kontrakte aufzufinden, so muß es doch als ausgemacht gelten, daß von der Mehrzahl der späteren römischen Juristen dies als außerwesentlich angesehen, und Alles einfach nur darein gestellt wurde, daß wechselseitige Leistung bedungen, und also ein contractus oder negotium in dem engren Sinn des Wortes vorhanden sei, vgl. die oben zitirten Gesetze. — Aus dieser allmäligen, unter fortwährenden Kontroversen der römischen Juristen vollendeten Bildung der actio praescriptis verbis erklärt sich auch wohl am Einfachsten die vielbesprochene Antinomie in Betreff des Falls: *facio ut des*. Paulus spricht nämlich hierfür in völlig klaren und unzweideutigen Worten jede actio civilis ab, und läßt nur die actio de dolo zu, l. 5. §. 3. h. t. (T. 2), und damit übereinzustimmen scheint auch die l. 4. C. de dolo (2, 21 [20]), wo ebenfalls für einen solchen Fall nur die

actio de dolo erwähnt wird. In einer Reihe anderer Stellen wird dagegen in Fällen dieser Art eine actio praescriptis verbis zugelassen, und also ein Innominat-Kontrakt anerkannt, vgl. l. 9. 15. 22. 25. h. t., l. 6. C. de transact. (2, 4), wobei nur zu bemerken ist, daß die letztre Stelle von einer *utilis* actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat redet, was auch wohl schwerlich mit Huschke a. a. O. S. 125. in *civilis* actio umgewandelt werden darf, vgl. Savigny, Syst. V. S. 97. Not. m. Wenn wegen der ersteren Stellen noch in neuerer Zeit nach dem Vorgange mancher Aelteren Reichhelm a. a. O. den Grundsatz hat aufstellen wollen, daß jeder Innominat-Kontrakt mit einem *dare* anfangen müsse, und es deßhalb nur zwei Klassen solcher Kontrakte gebe (do ut des und do ut facias), so war diese Behauptung nur möglich, weil Reichhelm die andren vorher zitirten Gesetze theils ignorirte, theils ganz willkührlich verdrehte; und nicht viel besser ist es, wenn Andre das *dare* als Anfangspunkt des Innominat-Kontrakts auch noch im Justinianischen Rechte als Regel hinstellen, und die widersprechenden Gesetze von Ausnahmen verstehen wollen, die ihren Grund bald darin haben sollen, weil hier das *facere* einen pekuniären Vortheil des andern Paziszenten mit sich führe, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 90 fgg. und Huschke a. a. O. S. 123 fgg., bald darin, weil das facere hier so beschaffen sei, daß eine Mitwirkung des andren Kontrahenten nothwendig, und dadurch eine Aehnlichkeit mit dem dare herbeigeführt sei, vgl. z. B. Unterholzner I. S. 47, und s. auch Elvers a. a. O. S. 389 fgg. Auf der andren Seite ist aber freilich eben so wenig zu billigen, wenn man den Ausspruch des Paulus durch Interpretation hat hinwegdeuteln wollen, und namentlich ist die häufig vertheidigte Auslegung, wornach Paulus nicht die actio praescriptis verbis, sondern nur die condictio versagt, und blos an deren Statt die actio de dolo eingeräumt habe, vgl. z. B. *Donell.* cit. cap. 10 sqq. (in opp. X. p. 1235 sqq.), *Retes* cit. c. 11. (in Meerm. thes. VI. p. 113 sqq.), Pöhls a. a. O. S. 150 fgg. u. A. m. weder mit den Worten des §. 3. cit. zu vereinigen, noch paßt sie in den ganzen Zusammenhang der Stelle. Meines Erachtens bleibt nichts übrig, als den Widerspruch zuzugeben, und ihn, wie schon oben angedeutet wurde, daraus zu erklären, daß bei dieser sich allmälig entwickelnden Lehre die römischen Juristen selbst nicht über alle einzelnen Fälle einig waren, wovon ja auch viele andere Stellen (vgl. nur z. B. T. 1) Zeugniß geben, und daß insbesondere die Fälle, in denen ein *facere* den Anfang bildete, am Spätesten zur allgemeinen Anerkennung gelangt sind. Daß dieses letztere aber wenigstens im Justinianischen Rechte wirklich der Fall ist, scheint mir nach dem oben Bemerkten völlig unzweifelhaft, und eine beachtenswerthe Bestätigung dieser Ansicht kommt namentlich in dem zu T. 1. angeführten Schol. zu den Basiliken vor, wo in einer ausführlichen Darstellung der Lehre von den Innominat-Kontrakten fünf bis sechsmal in verschiedenen Wendungen die Kontrakte *facio* ut des vel facias vollständig den Kontrakten *do* ut des vel facias gleichgestellt sind, und aus allen unbedenklich die actio praescriptis verbis gestattet wird.

II. Die Zweiseitigkeit allein genügt aber freilich nicht, um den Begriff des Innominat-Kontrakts zu begründen, sondern dazu gehört noch wesentlich, daß

die Leistung von einer Seite bereits wirklich erfolgt sei, und fast unbegreiflich ist es, wie Gans a. a. O. S. 189 fgg. (vgl. auch Roßhirt in sein. Zeitschr. III. S. 201 fgg.) das Gegentheil behaupten kann; denn nicht nur, daß überall, wo die actio praescriptis verbis als begründet vorkommt, stets die vorgängige Leistung vorausgesetzt wird — was namentlich auch in der von Gans bes. angeführten l. 15. h. t. der Fall ist —, sondern es wird auch mehrfach mit ganz klaren Worten die geschehene Leistung als nothwendige Bedingung des Kontrakts aufgeführt, vgl. z. B. statt aller l. 1. §. 2. de rer. permut. (19, 4):

> *Paul.* „Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem *ex re tradita initium obligationi praebet*, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, *quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent*, ut in emtione, venditione, conductione, mandato".

Augenscheinlich ist gerade das der leitende Gedanke, welcher der Lehre von den Innominat-Kontrakten zu Grunde liegt, daß wenn Einer der Paziszenten bereits die Leistung angenommen habe, nicht mehr eine nuda pactio vorhanden sei, sondern eine civilis obligatio entstehe, ein Gedanke, der seinen Keim schon in dem bekannten Grundsatz der XII Tafeln hat, daß alle bei einer Manzipation dem Empfänger aufgelegten Verbindlichkeiten rechtskräftig sein sollten („cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto"). Dieser Grundsatz wurde auch auf die Tradition angewendet, l. 48. de pact. (2, 14):

> *Gai.* libr. III. ad leg. XII tab. „In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est",

und darin konnte dann leicht die durch wirkliche Leistung und deren Annahme begründete actio praescriptis verbis ihren zivilistischen Anhaltspunkt finden, vgl. auch l. 8. h. t.:

> *Papinian.* „— — nec videri nudum pactum intervenisse, quoties *certa lege dari* probaretur",

l. 45. de pact. (2, 14):

> *Hermogenian.* „Divisionis placitum, nisi *traditione* vel stipulatione sumat effectum, ad effectum ut nudum pactum nulli prodesse poterit",

l. 6. C. de rer. permut. (4, 64):

> *Dioclet.* et *Maximian.* „Rebus *certa lege traditis*, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem, juris auctoritas demonstrat",

l. 25. h. t., l. 20. §. 1. de pact. dotat. (23, 4), l. 10. C. de pact. (2, 3), l. 8. C. de rer. permut. (4, 64), l. 1. C. de pact. conv. (5, 14) u. a. m. Sehr bestimmt wird denn auch die vorgängige Leistung als wesentliches Erforderniß des Innominat-Kontrakts an mehreren Stellen des schon oben angeführten Schol. zu den Basiliken hervorgehoben, vgl. z. B. gleich im Anfang: Sed et si conventio in speciale nomen contractus non transeat, justa autem causa conventionis subsit, eleganter Aristo Celso respondit, dicens etiam sic nasci actionem, *dummodo praecesserit datio, ut aliquid daretur*,

vel factum, ut aliquid fieret vel daretur [*μόνον εἰ προηγησατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποίησις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δοσει*]". (Ueber die scheinbar widerstreitende l 3. §. 4. de cond. c. d. c. n. s. s. oben S. 209).

III. Die Klage, welche aus einem Innominat-Kontrakte hervorgeht, ist die *actio praescriptis verbis*, auch *civilis in factum actio*, oder auch *civilis incerti actio*, eine Klage, die übrigens keineswegs blos auf Innominat-Kontrakte beschränkt ist. Im Gegensatz zu den vulgares actiones, bei denen die demonstratio durch einen kurzen technischen Ausdruck das der Klage zu Grunde liegende Sachverhältniß bezeichnete, mußten hier in einer ausführlicheren *praescriptio* die die Klage begründenden Thatsachen angegeben werden (daher der Name: a. *praescriptis verbis* und a. *in factum*; (eine ganz abweichende, aber gewiß unrichtige Ansicht über den ersteren Namen s. bei Schneider, subsidiäre Klagen S. 39 fgg.), und daran schloß sich dann, im Gegensatz zu den actiones in factum *praetoriae* (vgl. auch oben Bd. I. §. 138. Anm.) eine intentio incerta juris civilis an (daher der Name *civilis* actio, und auch wohl *incerti* actio, obwohl in der letztren Beziehung Elvers a. a. O. S. 347 fgg. a. M. ist); vgl. auch über die formula der actio praescr. verb. die interessante Notiz in dem schon öfter angeführten Schol.:

> „*διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονοτρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα*". (Ideo incertam tribuo, id est praescriptis verbis, quae rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est in condemnatione consueta desinit).

Vgl. Zimmmern, Gesch. des röm. Privatr. III. §. 54. 55, Hasse im Rhein. Mus. VI. S. 42 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschr. XI. S. 285 fgg., *Erxleben* cit. p. 61 sqq., v. Savigny, System V. S. 96 fgg., Keller, röm. Zivilproz. §. 42. S. 179 fgg. — Der ausschließliche Zweck der Klage ist, die Gegenleistung und resp. das Interesse wegen Unterlassung derselben einzufordern, l. 5. §. 1. h. t. (T. 2), l. 7. eod. („agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest") u. a. m., und wenn aus den Schlußworten der l. 4. C. de rer. permut. (4, 64) hervorzugehen scheint, daß dieselbe doch auch alternativ auf Rückgabe des Gegebenen angestellt werden könne, so muß diese Annahme, obwohl sie nach rein grammatischer Interpretation vollkommen gerechtfertigt werden könnte, doch entschieden zurückgewiesen werden, indem die Kaiser hier offenbar nur (in freilich nicht sehr präziser Sprache, ähnlich wie Paulus in l. 5. §. 1. h. t.) den einfachen Gedanken ausdrücken wollen, daß in dem zu entscheidenden Falle nicht nur die actio praescr. verb. auf Gegenleistung zulässig sei, sondern auch alternativ die Rückleistung des Gegebenen gefordert werden könne; s. auch l. 5. C. eod., und vgl. Huschke a. a. O. S. 128 fgg. Es gehört aber die Klage unzweifelhaft, wenigstens sofern sie aus Innominat-Kontrakten hervorgeht, zu den actiones *bonae fidei*, vgl. bes. l. 1. pr. de aestimat. (19, 3), wo Ulpian nicht etwa blos vom Trödelvertrag, sondern vom Innominat-Kontrakt überhaupt sagt:

‚est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus‘; vgl. auch l. 42. pr. de mort. c. donat. (39, 6) verb: ‚bonae fidei autem judicio constituto‘ (ſ. oben Bd. I. S. 204 fg.). Wenn Juſtinian in §. 28. J. de act. (4, 6) nur die ‚actio praescriptis verbis quae *de aestimato* proponitur, et ea quae *ex permutatione* competit‘ unter den bonae fidei actiones aufführt, ſo ſind dies im Sinne Juſtinian's gewiß nur Beiſpiele; abweichend ſind zwar mit manchen Aeltern, z. B. *Retes* cit. c. 8. nr. 4 spq., auch noch h. z. T. *Erxleben* cit. p. 76 sqq., *Bachofen* cit. p. 245 sqq., Buchta, Inſtitut. II. §. 165. a. E. und Rudorff Rg. II. §. 42. Not. 23, vgl. aber dagegen Elvers a. a. O. S. 351 fgg., v. Savigny, Syſtem V. S. 485. Not. f., Huſche a. a. O., Wächter, Erörtr. II. S. 82. Not. 57, Keller, röm. Proz. S. 180, Not.

IV. Unzweifelhaft älter, als die Klage auf die Gegenleiſtung iſt die aus der Aequitas hervorgehende (vgl. z. B. l. 65. §. 4. de cond. indeb. 12. 6) Klage auf Rückgabe des Gegebenen, die *condictio causa data causa non secuta*, eine Klage, die übrigens eben ſo wenig, wie die actio praescriptis verbis gerade auf Innominatkontrakte beſchränkt iſt, vgl. unten §. 626. Vor Einführung der actio praescriptis verbis durch augenſcheinliches Bedürfniß hervorgerufen, wurde ſie auch durch jene neuere Klage nicht verdrängt, weil doch auch noch nachher immer der natürliche Geſichtspunkt feſtgehalten wurde, daß durch die Leiſtung von einer Seite nur gerade für den, welcher geleiſtet hat, Kontraktsrechte entſtehen ſollten, ſo daß alſo für den Nichtleiſtenden keine neuen Rechte entſtanden, ſondern deſſen rechtliche Lage ſo blieb, wie ſie vor Einführung der actio praescriptis verbis begründet war. Seit Einführung dieſer neuen Klage hat alſo derjenige Kontrahent, welcher mit ſeiner Leiſtung vorangegangen iſt, die freie Wahl, ob er mit der a. praescr. verb. auf die Gegenleiſtung, oder mit der condictio causa data c. n. s. auf Rückgabe des von ihm Gegebenen klagen will, l. 5. §. 1. 2, l. 7. h. t., l. 4. 5. C. de rer. perm. (4, 64), und gerade dadurch unterſcheiden ſich die Innominat-Kontrakte charakteriſtiſch von den contractus certi, indem bei den letzteren eine ſolche condictio ſchlechthin nicht Statt findet, vgl. auch l. 16. de cond. causa data (12, 4), l. 1. C. de rer. perm. (4, 64). Dabei verſteht ſich nur von ſelbſt, daß in den Fällen, wo die Leiſtung in einem *facere* beſteht, die Rückforderung wenigſtens in den meiſten Fällen (denn ſ. z. B. l. 4. de cond. causa data 12, 4) der Natur der Sache nach ceſſiren muß, l. 25. h. t., und wenn Schmitthenner a. a. O. S. 99 fgg. auch in dieſen Fällen die condictio auf die *aestimatio* des Faktum zulaſſen will, ſo liegt dieſer Behauptung offenſichtlich eine Verkennung des wahren Weſens unſerer condictio zu Grunde. Es verſteht ſich aber auch ferner von ſelbſt, daß von Rückforderung keine Rede mehr ſein kann, wenn die Gegenleiſtung wirklich gemacht iſt, l. 1. pr. de cond. causa data (12, 4); weshalb namentlich dann, wenn die Gegenleiſtung in einem *non facere* beſteht, die condictio nicht Statt findet, ſo lange der andere Paziſzent kein factum contrarium vornimmt, l. 3. pr. §. 1. de cond. causa data (12, 4). Es müſſen aber bei dieſer condictio zwei Fälle wohl von einander unterſchieden werden, nämlich die Rückforderung *ob causam*

non secutam (veranlaßter Rücktritt), und die Rückforderung *ex mera poenitentia*, eine Unterscheidung, auf welche die Quellen selbst hinweisen, l. 3. §. 2. de cond. causa data (12, 4):

Ulp. ‚Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis*, possum condicere, *aut si me poeniteat*, condicere possum'.

vgl. auch l. 5. pr. eod. Was nun:

1) die Rückforderung *ob causam non secutam* anbelangt, so findet diese dann Statt, wenn die erwartete Gegenleistung nicht rechtzeitig geschehen ist, l. 5. §. 2. h. t., l. 3. §. 3. de cond. causa data (12, 4), oder wenn sie wegen Kulpa des Verpflichteten unmöglich geworden ist, l. 5. §. 1. h. t., l. 10. C. de cond. ob causam dat. (4, 6), oder wenn sie gleich Anfangs unmöglich war, und der Geber dies nicht wußte, l. 3. §. 5. de cond. causa data (12, 4), l. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6). Vgl. überhaupt *Waechter* cit. p. 36 sqq., Voigt, condd. ob caus. S. 682 fgg. Ist dagegen die erwartete Gegenleistung durch einen Zufall unmöglich geworden, so cessirt die Rückforderung ob causam non secutam; vgl. oben S. 208 fgg.

2) Sehr bestritten ist die Rückforderung *ex mera poenitentia*. Dieselbe wird öfter in den Gesetzen angeführt, vgl. bes. l. 3. §. 2. 3, l. 5. pr. §. 1. 2. 3. 4. de cond. causa data (12, 4), und s. auch l. 5. §. 1, l. 7. h. t., l. 1. 4. 5. 7. C. de rer. permut. (4, 64) (welche letztren Stellen zwar nicht geradezu von einer *poenitentia* sprechen, sondern allenfalls auch von einer Rückforderung ob causam non secutam verstanden werden könnten, aber am Natürlichsten gewiß, ungeachtet der grundlosen Einwendungen Erxlebens a. a. O. S. 383 fg., auf die, bis zu erfolgter Gegenleistung unbedingt statthafte Rückforderung aus Reue bezogen werden). Da in keiner dieser Stellen auf eine Singularität hingewiesen wird, so muß wohl schon darum angenommen werden, daß das Reuerecht in allen Fällen der Innominat-Kontrakte Platz greift, sofern nicht die Natur der Sache entgegensteht, und die dabei zu Grunde liegende Idee ist augenscheinlich die, daß durch die Leistung von einer Seite auch eben nur derjenige, welcher geleistet hat, Kontraktsrechte erwirbt, und für den Andern nur dann erst ein Kontrakt entsteht, wenn auch er geleistet hat, so daß er sich vor diesem Zeitpunkt in keiner Weise auf den Kontrakt berufen darf. Freilich haben doch Viele dieses Reuerecht für eine große Anomalie gehalten, und aus diesem Grunde dasselbe um jeden Preis aus dem römischen Rechte zu entfernen versucht, vgl. bes. Gans a. a. O. S. 197 fgg., *Waechter* cit. praef. p. IX. not. b., *Erxleben*, diss. cit. p. 143 sqq. und in der Schrift über die condictio c. d. c. n. s. S. 354 fgg., Hasse im Rhein. Mus. VI. S. 46 fgg., Witte, Bereicherungsklagen S. 109 fgg., *Machelard*, obligat. natur. p. 51 suiv., Voigt, condict. ob. caus. §. 79. S. 736 fgg.; s. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 344, Schilling, Lehrb. §. 325. Not. k. und Brinz §. 97. S. 410. Vorzüglich führt man dagegen an, daß ja schon nach allgemeinen Prinzipen des römischen Rechts das Paktum als solches eine Einrede begründe, und so müsse also jedenfalls schon aus diesem Grunde bei einem Innominat-Kontrakt der Empfänger gegen die Rückgabe ex mera poenitentia durch eine wirksame Einrede geschützt sein. Um diesen sehr scheinbaren Einwand zu entkräften, haben

Manche den Satz, daß nach römischem Rechte pacta nuda eine Einrede begründeten, ganz abgeleugnet, und nur bei dem pactum *de non petendo* eine Einrede gestattet, vgl. z. B. außer manchen Aelteren (*Noodt*, de pact. c. 6, *Galvan.*, de usufr. c. 10. u. A. m.) auch Pöhls a. a. O. S. 85 fgg., Meyerfeld, Schenkungen I. S. 344 fgg., Liebe in der Gießer Zeitschr. XV. S. 201 fgg., Gneist, form. Verträge S. 169 fgg., Holtius, Abhandll. S. 7 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 3. S. 16 fgg., Schwanert, Natural-Oblig. S. 123 fgg.; in der That aber bedarf es zur Beseitigung jenes Einwands keiner solchen gewagten, und mit unsren Quellen sicher unvereinbaren (vgl. auch *Waechter* cit. p. 4 sqq., Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. S. 65 fgg., Savigny, Oblig. I. S. 53 fgg., *Machelard*, oblig. natur. p. 28 suiv.) Behauptung, sondern man muß nur erwägen, daß bei einem Innominat-Kontrakte derjenige, welcher leistet, nicht *solvendi* causa, sondern blos und allein *contrahendi* causa leistet, und daß aus diesem Grunde von einer soluti retentio keine Rede sein kann. In der That verhält es sich also mit einer solchen Leistung aus einem Innominat-Kontrakte im Wesentlichen nicht anders, wie bei einer Leistung conditionis implendae causa, und wie hier unbezweifelt eine Rückforderung ex mera poenitentia Statt findet, wenn der Leistende auf das bedingte Recht verzichtet, l. 1. §. 1. de cond. causa data (12, 4):

> *Ulp.* „Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere",

so muß dies auch bei einem Innominat-Kontrakte der Fall sein, vgl. auch Schmitthenner a. a. O. S. 95 fgg., *Bachofen* cit. p. 299 sqq., Elvers a. a. O. S. 380 fgg., v. d. Pfordten a. a. O. S. 276 fgg., Liebe a. a. O. S. 219 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 225. 283, Windscheid, Voraussetzung S. 165 fg. S. 190 fg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. R. Bd. I. S. 394 fgg. und die Lehr- und Handbücher von Schweppe §. 496, Wening §. 276, Göschen §. 489, Puchta §. 308, Arndts §. 235, Keller §. 352, Windscheid §. 321. Not. 11. u. A. m. Als völlig unstatthaft müssen aber auch die verschiedenen Versuche angesehen werden, durch welche man die oben angegebenen positiven Beweise hat entkräften wollen. So will namentlich Gans a. a. O. S. 208 fgg. (dem auch Hasse a. a. O. beistimmt) die l. 3. §. 2. 3. und l. 5. §. 1. 2. de cond. causa data aus der bekannten Constitutio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum erklären, wornach dann, wenn Jemand einen Sklaven mit der Auflage der Manumission verkauft, oder wenn Jemand Geld für eine vorzunehmende Manumission empfangen habe, und die zur Manumission festgesetzte Zeit vorübergegangen sei, der Sklave ipso jure frei werden soll, l. 3. de serv. export. (18, 7), l. 1. 3. 6. 9. qui sine manum. (40, 8), l. 38. de liber. causa (40, 12), l. 2. 3. 6. C. si mancip. ita fuerit alienat. (4, 57); durch diese Konstitution sei nämlich auch dem Verkäufer und resp. dem Geber des Geldes das Recht eingeräumt worden, zu pönitiren, l. 3. de serv. export., l. 3. qui sine manum., l. 2. §. 1. f. de cond. causa data (12, 4), und von dieser poenitentia, nicht aber von dem angeblichen, bei Innominat-Kontrakten Statt findenden Reuerecht seien die obigen Stellen allein zu verstehen. Augenscheinlich geht aber die poenitentia aus jener Constitutio nur blos darauf, daß

der Verkäufer oder der Geber ganz frei die Auflage der Manumission erlassen kann, und dann auch der Sklave nicht ipso jure frei wird; daß aber auch das Gegebene wieder zurück gefordert werden könne, davon enthält jene Constitutio kein Wort, und wenn also in den obigen Stellen eine Rückforderung ex capite poenitentiae erwähnt wird, so versteht es sich nach dem eben Bemerkten von selbst, daß dieses nicht seine Erklärung in jener Constitutio, sondern nur in der Natur der Innominat-Kontrakte finden kann, vgl. auch Pöhls a. a. O. S. 94 fgg., *Erxleben*, diss. cit. p. 149 sqq. not. 6. und Condict. II. S. 222 fg., Liebe a. a. O. S. 228 fgg. Not. Eben so wenig ist auch die Meinung von Gans S. 212. Not. in Betreff der l. 5. pr. de cond. causa data zu billigen, daß nämlich die da erwähnte poenitentia sich „aus der Konkurrenz eines Mandats mit der condictio ob causam datorum" erkläre, und ganz unbefriedigend ist auch die Ansicht von Hasse a. a. O., welcher aus dieser Stelle ein singuläres Reuerecht für den einen Fall ableiten will, wenn der Empfänger durch Zufall verhindert sei, die versprochene Gegenleistung zu geben. — Einen ganz andern Weg zur Entkräftung aller dieser Stellen schlägt Erxleben ein. In seiner diss. cit. vertheidigt er nämlich die Ansicht, daß in allen Fällen, in denen das Reuerecht in den Gesetzen erwähnt werde, eine Aehnlichkeit mit dem Mandats-Kontrakt vorhanden sei, und nur gerade in dieser Aehnlichkeit der Grund jenes Reuerechts gefunden werden müsse, woraus von selbst hervorgehe, daß dasselbe keineswegs bei allen Innominat-Kontrakten Statt finde, vgl. auch Mühlenbruch §. 344. und Schilling §. 325, und noch weiter geht er jetzt in seiner Schrift über die cond. c. d. c. n. s., indem er hier in ausführlichen Entwicklungen die Behauptung zu begründen sucht, daß in den Fällen der l. 5. pr. §. 1. 2. de cond. c. d. reine Mandats-Verhältnisse vorhanden seien, und das in diesen Stellen anerkannte Reuerecht für die Theorie des Innominat-Kontrakts ohne alle und jede Bedeutung sei (S. 214 fgg.); bei Innominat-Kontrakten werde das Reuerecht nur blos in einem einzigen Falle in den Gesetzen erwähnt, wenn nämlich Jemanden etwas gegeben worden sei, damit er einen ihm gehörenden Sklaven manumittire, l. 3. §. 2—4, l. 5. §. 3. 4. de cond. c. d., und in diesem Falle erkläre sich dasselbe sehr natürlich, weil hier gar kein auf den Vortheil des Gebers und des Empfängers gerichtetes Geschäft vorliege (S. 354 fgg.). In der That braucht man aber nur mit Unbefangenheit die l. 5. pr. §. 1. 2. citt. zu lesen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß wenigstens Ulpian die da entschiedenen Fälle weder als reine Mandats-Fälle ansieht, noch auch eine Aehnlichkeit mit dem Mandate als Grund seiner Entscheidungen andeutet; und eben so wenig kommt in l 3. §. 2. 3. und l. 5. §. 3. 4 citt. eine Spur davon vor, daß gerade nur in dem besondren hier entschiedenen Falle wegen der Eigenthümlichkeit desselben ein Reuerecht Statt finde; vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 396 fgg. Anm. 19. — Die hier vertheidigte Meinung in Betreff des Reuerechts wird auch noch bestätigt durch das schon so oft angeführte interessante Schol. zu den Basiliken, wo es nach der Uebersetzung des Herausgebers so heißt: „Quum igitur animadverteris, ut dixi, conventionem, quae proprium contractus nomen non habeat, praecesserit autem datio, ut detur aliquid vel fiat, et factum, ut fiat aliquid vel detur, et ad haec justa causa subsit

iis, quae placuerunt, tunc conventionem generali nomine contractum appella, et da civilem actionem praescriptis verbis, quum scilicet, qui dedit, impleri velit contractum, ob quem etiam aliquid dedit, *aut si nolit impleri, da condictionem causa data causa non secuta, quum eum, qui dedit, integra re scilicet, poeniteat, isque nolit impleri contractum*".

V. Die ganze bisher dargestellte Lehre von den Innominat-Kontrakten des römischen Rechts muß aber nothwendig für unser heutiges Recht als unpraktisch angesehen werden. Da nämlich h. z. T. unzweifelhaft der Grundsatz gilt, daß schon das bloße Paktum als solches vollkommen klagbar ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß jetzt die Leistung, welche von einer Seite in Folge eines solchen Paktum geschieht, eine ganz andere Bedeutung hat, als nach römischem Rechte. Dieselbe geschieht nämlich jetzt begreiflich durchaus nicht mehr contrahendi causa, sondern blos und allein *solvendi causa*. Der Paziszent erfüllt damit eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung auch durch eine Klage hätte erzwungen werden können, und an eine Rückforderung des Gegebenen kann also schlechthin nicht mehr gedacht werden. M. a. W. die Verträge, die nach römischem Rechte nur in der Gestalt eines Innominat-Kontrakts wirksam waren, und eben deßhalb mehrfache in dem Obigen dargestellte Eigenheiten hatten, sind h. z. T. nichts als einfache Konsensual-Verträge, und alle Besonderheiten, die ja darin ihren Grund hatten, daß erst durch die Leistung ein Kontrakt für den Leistenden begründet wurde, müssen eben deßhalb von selbst hinwegfallen. In Betreff des reinen Neuerechts ist dies auch schon lange von den bei Weitem Meisten anerkannt, und die wenigen Dissentienten, vgl. die bei Glück IV. S. 294. Not. 29. Angef., und unter den Neueren bes. Schmitthenner a. a. O. S. 155 fgg. und gewisser Maßen auch Roßhirt in sein. Zeitschr. II. S. 385 fgg., III. S. 218 fgg., IV. S. 36 fgg. sind, gewiß mit vollstem Rechte, so unbeachtet geblieben, daß es fast unbegreiflich ist, wie Mejer in Schweppe's Hdb. III. §. 496. versichern kann, daß in der Praxis dieses Neuerecht noch fortdauernd anerkannt sei; vgl. auch Errleben a. a. O. S. 464 fgg. Anders aber verhält es sich mit dem veranlaßten Rücktritt, indem dieser lange Zeit von den Meisten noch als fortdauernd angesehen wurde, vgl. die vielen bei *Waechter* p. 124 sqq. Zitirten. Aber auch diese Meinung muß als irrig verworfen werden. Auch die Rückforderung ob causam non secutam hat nämlich ihr ziviliſtisches Fundament, eben so wie die Rückforderung ex mera poenitentia, nur in dem Gedanken, daß durch die Leistung nur für den Leistenden, nicht auch für den Empfänger ein Kontraktsrecht begründet werde, und da sich dieses h. z. T. anders verhält, indem für jeden der beiden Paziszenten schon durch das bloße Paktum ein wirksames Vertragsrecht entsteht, so muß jetzt in den Fällen, wo die Römer Innominat-Kontrakte annahmen, die condictio causa data c. n. s. in ihren beiden Funktionen zessiren, und es kann nur von einer Klage auf Erfüllung die Rede sein. Es verhält sich jetzt also ähnlich so, wie wenn bei den Römern in einem Falle, der an und für sich zu einem Innominat-Kontrakte sich geeignet hätte, Stipulationen abgeschlossen waren, und wie hier unzweifelhaft die condictio ausgeschlossen war, vgl. z. B. l. 4. 7. C. de rer. perm. (4, 64), so muß dieselbe h. z. T. wegen des beide Paziszenten wirksam verpflichtenden Paktum

ausgeschlossen sein; vgl. bes. *Waechter* cit. p. 117 sqq., und Errleben a. a. O. S. 468 fgg., und es ist dies h. z. T. auch fast allgemein anerkannt, vgl. z. B. Wening, Lehrbuch §. 276. a. E., Mühlenbruch, Lehrb. §. 344. a. E., Puchta, Pand. §. 308, Göschen, Vorl. §. 490, Unterh. II. S. 41, v. d. Pfordten a. a. O. S. 294, Savigny, Syst. IV. S. 287 fg., Seuffert, Lehrb. §. 370, Windscheid, Voraussetzung S. 162 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 235, Mommsen a. a. O. S. 397 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 321. Not. 10. u. A. m.

C) Von der heutigen Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze, und Klassifikation der Verträge nach jetzigem Rechte. §. 600.

Die Literatur s. bei §. 597 und 599, und dazu noch v. d. Pfordten, Abhandlungen Nr. 4. („Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge"), Heimbach, über den Grund und die rechtl. Bedeutung der Formlosigkeit der Verträge nach heut. R. in der Gieß. Zeitschr. N. F. XIII. S. 91 fgg. — Demelius, „Realkontr. im heutigen Rechte" in Jhering's Jahrb. III. S. 399 fgg., Unger das. VIII. S. 1 fgg.

Anm. Nach römischem Rechte war eine abstrakte, ohne Angabe irgend einer causa debendi abgefaßte Stipulation („spondesne mihi decem dare?") vollkommen klagbar, obwohl allerdings wegen Ungrunds oder Mangelhaftigkeit der causa eine Anfechtung derselben durch eine condictio sine causa oder exceptio doli zulässig war, in welchen Fällen aber immer der Promissor den vollen Beweis zu führen hatte. Wenn dies doch von manchen Neueren geleugnet, und dagegen behauptet wird, daß in solchen Fällen vielmehr der Stipulator die Existenz einer causa habe beweisen müssen, vgl. bes. Gneist, form. Vertr. S. 209 fgg. und in sein. comm. de causae probatione stipulatoris. Berol. 1858, und s. auch Schmidt in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. X. S. 20 fgg., Heimbach, Kreditum S. 388 fgg., Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 504 fgg.: so steht dies in entschiedenem Widerspruch mit dem anerkannten Charakter der Stipulation als eines Formalkontrakts — was auch Gneist selbst anerkennt, indem er sein Dogma als einen „höchst merkwürdigen Satz" bezeichnet, — und mit zahlreichen Quellenzeugnissen über den Beweis der Kondiktionen und der exceptio doli, soll aber aus der l. 25. §. 4. de probat. (23, 3) mit Nothwendigkeit hervorgehen:

> *Paul.* „Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, *tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit,* nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem con-

scripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse";

vgl. auch l. 13. C. de non num. pec. „posse causae probationem stipulatorem exigere". Es ist jedenfalls mißlich, aus dieser vielbesprochenen Stelle Beweise für das klassische Recht zu entnehmen, da dieselbe m. E. unzweifelhaft zum weit größten Theil nicht von Paulus, sondern von Tribonian herrührt, und aus der l. 13. C. de non num. pec. interpolirt ist; aber, wenn wir auch dieses Bedenken unberücksichtigt lassen — und in Wahrheit halte ich den ersten Theil der Stelle, der für uns vorzugsweise wichtig ist, mit etwaiger Ausnahme einiger Worte, für echt, vgl. Salpius, Novat. S. 300 fgg. — so kann dieselbe doch weder für das klassische, noch für das Justinianische Recht zum Beweis für die Gneist'sche Ansicht benutzt werden. Daß dieselbe nicht, wie man früher gewöhnlich annahm, von gewöhnlichen Schuldscheinen spricht, sondern nur von Stipulations-Urkunden, also von schriftlichen Stipulationen, hat Gneist a. a. O. S. 200 fgg. vollständig erwiesen, und wird jetzt auch allgemein anerkannt. Aber ihr Gegenstand ist noch enger zu begrenzen; aus dem Zusammenhang mit den vorhergehenden §§en, und aus der l. 13. C. cit., aus welcher sie zum großen Theil entnommen ist, geht nämlich mit Sicherheit hervor, daß sie nur von einer stipulatio *debiti* redet, also von einer Stipulation einer schon vorher begründeten anderweiten Schuld („ex antecedenti causa", l. 13. cit.), und gerade nur für diesen Fall („spondesne centum, *quae mihi debes*, dare?"), nicht auch für den Fall einer abstrakten Stipulation („spondesne mihi centum dare?") wird dem Stipulator der Beweis der causa aufgelegt. (Vgl. auch *Basil.* XXII. 1. 25. schol. 6; über die sehr aus einander gehenden Meinungen der Neueren über l. 25. §. 4. cit. s. außer Gneist a. a. O. noch Windscheid, Voraussetzung S. 196 fgg., Lehrb. §. 284 Not. 9, §. 318. Not. 4, Bähr, Anerkennung §. 38. 63. (2. Aufl. S. 154 fgg. S. 287 fgg.), Schlesinger, Formalkontr. S. 39 fgg., Girtanner, Stipul. S. 298 fgg., Witte, Bereicherungsklagen S. 205 fgg., Salpius, Novation S. 295 fg. 300 fgg.). Zwischen jenen beiden Fällen ist aber ein großer Unterschied. Die stipulatio debiti streift nämlich in der Regel nicht nur dann, wenn sie als Novations-Stipulation erscheint (vgl. hierüber unten §. 619. Anm. 1), sondern auch in der Gestalt als accessorische Stipulation den Charakter als Formalkontrakt ab, indem sie dadurch, daß sie die causa in sich aufnimmt, dieselbe zur wesentlichen Voraussetzung und Bedingung ihrer Existenz erhebt, und damit in Wahrheit ein materieller Kontrakt wird; indem ich zu zahlen verspreche, was ich schulde, will ich auch nur zahlen, wenn ich schulde. Daß man dieses so häufig verkennt, beruht nur auf der vorgefaßten Meinung, daß die Stipulation immer als Formalkontrakt fungire, während sie doch diese Funktion nur haben kann, aber keineswegs haben muß. Hiernach ist es ganz konsequent, daß bei der stipulatio debiti der Stipulator den Beweis der Schuld führen muß (den er aber auch meistens sehr leicht mittelst der in der promissio debiti enthaltenen confessio führen kann), während dies bei einer abstrakten Stipulation widersinnig sein würde. Uebrigens ist noch zu beachten, daß das hier von der stipulatio

debiti Bemerkte nur die Regel bildet, denn möglich ist es allerdings, daß eine Stipulation, welche sich äußerlich als stipulatio debiti ankündigt, doch der Absicht der Kontrahenten nach eine abstrakte Obligation erzeugen soll, wie dies z. B. dann der Fall ist, wenn der Promissor weiß, daß er nichts schuldet (vgl. §. 619. Anm. 1), und wenn dies von dem Stipulator bewiesen wird, so ist er begreiflich auch in solchen Fällen von dem Beweise der causa zu entbinden.

In unsrem heutigen Rechte haben wir nun keine Stipulation mehr, sondern Statt dessen den Grundsatz, daß auch aus einem formlosen Vertrag eine klagbare Obligation entsteht, und da wirft sich nun die Frage auf, ob dieser Grundsatz auch für abstrakte Versprechen Geltung habe, ob also h. z. T. aus einem abstrakten formlosen Vertrage eben so, wie bei den Römern aus einer abstrakten Stipulation eine Klage entstehe? Dies ist sehr bestritten. Während nicht Wenige die obige Frage unbedenklich bejahen, vgl. z. B. Liebe, Stipul. S. 89 fgg. S. 369 fgg., Savigny, Obligat. II. §. 73 fgg. bes. §. 78, Windscheid, Voraussetzung S. 199. Not. 7. und Lehrb. §. 318. 319. 364, Bähr, Anerkennung §. 41. 2. Aufl. S. 169 fg. (s. jedoch auch dens. S. 166), Arndts, Lehrb. §. 233. Anm. 7, Witte, Bereicherungskl. §. 32, Rudorff zu Puchta's Lehrb. §. 257. Not. g. u. A. m.: so wird sie von Andren entschieden in Abrede gestellt, und vielmehr das Dogma vertheidigt, daß h. z. T. eine Klage aus einem Vertrage, abgesehen von einigen wenigen besondren Fällen, z. B. dem Wechsel, nur dann begründet sei, wenn von dem Kläger auch eine genügende causa, also ein rechtlich zulässiger Grund, angegeben und nöthigenfalls bewiesen werde, daß es also, außer jenen wenigen besondren Fällen, h. z. T. keine abstrakten oder s. g. Formalverträge mehr gebe, sondern nur noch individualisirte oder s. g. materielle Kontrakte, vgl. z. B. Gneist, form. Vertr. S. 226 fgg., Heimbach in der Gieß. Zeitschr. XIII. S. 91 fgg., Schmid in Richter's krit. Jahrbb. Jahrg. V. S. 890 fgg., Schlesinger, Formalkontr. S. 95 fgg., Salpius, Novat. S. 322 fg. S. 483 fg. S. 504 fgg., Puchta, Lehrb. § 257, Sintenis, pr. Zivilr. §. 96. Anm. 3. 25. 48. u. A. m. (Eine schätzbare Uebersicht der neuern Literatur über „die bindende Kraft des Willens im Obligationenrechte nach der Lehre der heutigen Wissenschaft" gibt Witte in der krit. V.J.S. VI. S. 330 fgg.). M. E. muß man sich — wenn sich nicht etwa ein bestimmtes Gewohnheitsrecht für die letztre Lehre gebildet haben sollte — unbedingt für die bejahende Meinung erklären. Müßte man freilich annehmen, daß die Form der Stipulation der wahre Grund für die Hervorbringung einer abstrakten Obligation gewesen sei, so ließe es sich vertheidigen, daß mit dem Wegfallen dieser Form auch jene Wirkung wegfallen müsse; aber diese Annahme ist offenbar verkehrt, indem der wahre Grund nur der auf Begründung einer abstrakten Obligation gerichtete Wille der Kontrahenten ist, und wenn dieser sich auch bei den Römern in bestimmter Form aussprechen mußte, weil der formlose Vertrag überhaupt keine zivile Anerkennung fand, so ist dieses Hinderniß ja im deutschen Rechte weggefallen, und es muß also h. z. T. gewiß auch der formlose auf Begründung einer abstrakten Obligation gerichtete Willen vollkommen wirksam sein; „dem von Formen entfesselten Willen kann keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen", Bähr S. 169. Es muß dies

aber um so gewisser angenommen werden, da in allen andren Fällen, in denen nach römischem Rechte eine Stipulation angewendet werden mußte, h. z. T. der formlose Vertrag genügt; und wenn nach der in der Theorie wie in der Praxis herrschenden Lehre Fidejussionen, Novationen, Delegationen, Verbalkautionen, Versprechen einer Konventionalstrafe unbedenklich durch formlosen Vertrag abgeschlossen werden können, so ist doch nicht wohl einzusehen, warum die Stipulation gerade nur bei der einen Funktion, Begründung einer abstrakten Obligation, nicht durch formlosen Vertrag ersetzt werden könne. Wenn man sich, um ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht zu beweisen, auf die in der Doktrin wie in der Praxis anerkannte Lehre von der *cautio indiscreta* zu berufen pflegt, so halte ich dies für ungehörig, indem in Wahrheit unsre Frage ganz unabhängig von derselben ist. Eine cautio indiscreta ist dann vorhanden, wenn der Aussteller nur allgemein bezeugt, „dem Titius 100 schuldig zu sein", und ein solcher Schuldschein ist unter keiner Voraussetzung ein genügendes Beweismittel, weder, wenn der Gläubiger aus einem individualisirten Vertrage, z. B. einem Kaufe, Darlehn und dgl. klagt, noch auch, wenn er aus einem abstrakten Vertrage Klage erhebt, denn augenscheinlich geht aus einer solchen allgemeinen Erklärung der Abschluß eines abstrakten Vertrags ganz eben so wenig hervor, wie der Abschluß eines Kaufs oder eines Darlehns. Dieser sehr verständige Satz galt nun auch schon bei den Römern, wie wenigstens mittelbar aus der l. 25. §. 4. de probat. mit Sicherheit hervorgeht, vgl. auch c. 14. X. de fide instrum. (2, 22), und wie beßungeachtet darneben die Zulässigkeit eines abstrakten, von seiner causa absichtlich abgelöst'en Vertrags anerkannt war, so kann dies auch h. z. T. nicht als unverträglich angesehen werden. Und so ist es auch wirklich; die cautio indiscreta ist kein genügendes Beweismittel; ganz anders aber verhält es sich, wenn der Aussteller bezeugt, „dem Titius 100 versprochen zu haben"; dies ist keine cautio indiscreta, denn hier wird in genügender Weise die causa der Schuld, das abstrakte Versprechen, bewiesen, und der Kläger, welcher einen solchen abstrakten Vertrag als Klaggrund anführt, kann durch einen derartigen Schuldschein nicht weniger vollen Beweis führen, wie etwa durch Zeugen, die bei Abschluß des Vertrags gegenwärtig waren. — Schlesinger a. a. O. S. 106 fgg. will auch noch einen entscheidenden Beweis für das angebliche Gewohnheitsrecht, „daß h. z. T. der formlose Vertrag, abgelöst'et von seiner causa, nicht die Kraft habe, eine Obligation zu erzeugen", darin finden, daß es keinem Kläger, und wenn er auch ein arger Chicaneur wäre, einfalle, Statt einer Klage aus einem Kauf- oder Tauschvertrag eine Klage aus einem einfachen Versprechen anzustellen, obwohl ihm dies, wenn er es dürfte, viel nützlicher sein würde, schon darum, weil er ja dann nicht die exc. nondum adimpleti contr. zu fürchten hätte. Die Unhaltbarkeit dieser Argumentation leuchtet aber von selbst ein, indem begreiflich auch nach unsrer Ansicht nicht jedes, sondern nur dasjenige formlose Versprechen eine abstrakte Obligation erzeugt, bei welchem bewiesener Maaßen die Kontrahenten eine Ablösung desselben von seiner causa beabsichtigten, und wenn dieselben also einen individualisirten Vertrag abgeschlossen haben, so kann es auch dem ärgsten Rabulisten nicht in den Sinn kommen, daraus eine Klage aus einem abstrakten Vertrage begründen zu wollen.

2) Erforderniſſe eines Vertrags.

A) Rückſichtlich der Subjekte. §. 601.

Koch II. S. 258 fgg., Unterh. I. S. 139 fgg. — Einzelne hier in Betracht kommende Punkte ſind bereits an andren Stellen des Lehrbuchs erörtert; vgl. namentlich über die Verträge Unmündiger Bd. I. §. 279. Anm. und über die Verträge Minderjähriger Bd. I. §. 291. Anm. 2.

B) Rückſichtlich des Gegenſtandes. §. 602.

Koch II. S. 299 fgg., Unterholzner I. S. 204 fgg. — Ueber unmögliche Leiſtungen insbeſ. vgl. Sintenis, pr. Zivilr. II. S. 22 fgg., Savigny, Oblig. I. S. 381 fgg. II. S. 284 fgg. und beſ. Mommſen, Beiträge zum Oblig. Recht Bd. I. (die Unmöglichkeit der Leiſtungen in ihrem Einfluß auf obligator. Verhh.). Braunſchw. 1853, beſ. S. 102 fgg., Windſcheid in der Heidelb. krit. Zeitſchr. II. S. 106 fgg., Brinz in der krit. Ueberſchau V. S. 278 fgg., Ude im ziv. Arch. XLVIII. S. 246 fgg., — Windſcheid, Lehrb. 264. 315.

C) Rückſichtlich der nöthigen Willensbeſtimmung.

a) Von dem Weſen des vertragsmäßigen consensus überhaupt. §. 603.

Koch II. S. 55 fgg., Unterholzner I. S. 53 fgg. — Regelsberger, die Vorverhandlungen bei Verträgen (auch als H. I. der zivilrechtl. Erörtr.). Weimar 1868.

Anm. 1. Ueber die Frage, in welchem Zeitpunkte ein unter Abweſenden, durch Briefe oder Boten, abgeſchloſſener Vertrag vollendet werde? gehen die Anſichten auch noch h. z. T. ſehr aus einander. Viele nehmen an, daß der Vertrag erſt dann zum Abſchluſſe komme, wenn die Annahme des Antrags zur Kenntniß des Antragſtellers gelangt ſei, vgl. z. B. Haſſe im Rhein. Muſ. II. S. 371 fgg., Fritz, Erl. zu Wening H. 3. S. 275 fgg., Wächter im ziv. Arch. XIX. S. 116. Not. 3. und Württ. Privatr. II. S. 737 fgg., Strippelmann, Entſcheid. des O. A. G. zu Kaſſel Bd. V. S. 406 fgg.,

Bekker in sein. Jahrb. II. S. 342 fgg. III. S. 116 fgg., *Würth*, des principes de droit qui regissent les lettres missives et les télégrammes. Discours de rentrée de la la cour d'appel de Gand. (Belgique judiciaire, t. XX. no. 89), Mittermaier im ziv. Arch. XLVI. S. 12 fg., Regelsberger a. a. O. S. 23 fgg. und die Lehrbücher von Seuffert §. 256. Not. 2, Arndts §. 231. Anm. 3, *Maynz*, Éléments de droit Rom. t. II. §. 284. not. 10, Dahn in Bluntschli's deutsch. Privatr. 3. Aufl. §. 149. S. 457. Viele Andre dagegen halten den Vertrag schon dann für vollendet, wenn nur die Annahme des Antrags erfolgt, obwohl noch nicht mitgetheilt sei, weichen aber doch darin wieder von einander ab, daß Einige es schon für genügend halten, wenn nur die Annahme in irgend einer Weise erklärt sei (z. B. Abfassung des Annahmebriefs), Andre dagegen verlangen, daß schon die nöthigen Schritte geschehen seien, um die Annahms-Erklärung dem Antragsteller mitzutheilen (z. B. Absendung des Briefs), und wieder Andre endlich noch weiter fordern, daß die Annahms-Erklärung auch schon in ihrem Bestimmungsort angelangt, wenn auch noch nicht dem Antragsteller bekannt geworden sei, vgl. z. B. Wening-Ingenh. im ziv. Arch. II. 25, Scheurl, Beitr. I. S. 301 fgg. und in Jhering's Jahrbb. II. S. 248 fgg., *Serafini*, il telegrafo in relazione alla giurispr. civ. e commerc. Pav. 1862. §. 20, Derſ., Scritti germanici diss. 1, della conclusione dei contratti fra assenti. 1862, *Hepp*, de la correspondence privée postale ou télegraphique. Par. 1864. p. 91 suiv., Dahn in Goldschm. Zeitschr. für Handelsr. IX. S. 503 fgg. (welcher hier seine frühere Ansicht nicht nur, wie er sagt, modifizirt, sondern gänzlich aufgegeben hat, denn in dem Falle, in welchem er dieselbe noch zulassen will, ist gar kein Antrag, sondern nur eine Anfrage vorhanden), und die Lehr- und Handbücher von Mühlenbruch §. 331 (welcher übrigens seine Meinung mehrfach geändert hat, vgl. doctr. Pand. ed. 3. und die ersten Ausgaben des deutschen Lehrb. a. a. O.), Puchta §. 251. not. o. und Vorles. ad h. l., Sintenis §. 96. Anm. 14, Holzschuher III. §. 236. und Kuntze ad h. l. (vgl. aber auch des Letztren Inhaberpapiere §. 81), *Molitor* I. p. 90 suiv., Savigny, Syst. VIII. S. 235 fgg. (vgl. aber auch Denſ. Bd. III. S. 308. und verm. Schriften I. S. 206), Thöl, Handelsr. I. §. 57. (Man hat für diese beiden, sich gegenüber stehenden Theorieen die Namen Resciscions- [von rescisco] und Deklarations-Theorie vorgeschlagen, Dahn a. a. O., oder auch Vernehmungs- und Aeußerungs-Th., Regelsberger a. a. O., als dritten Vorschlag will ich noch zufügen: Rekognitions- und Agnitions-Theorie). Außer diesen beiden Hauptansichten kommen auch noch einige Mittelmeinungen vor. So will namentlich Keller, Pand. §. 223. gar keine durchgreifende Regel anerkennen, sondern er nimmt an, daß „in den einzelnen Fällen der allgemeine Maaßstab der bona fides, der Sitte redlichen Verkehrs, entscheiden müsse". Bluhme, Encyklop. Abth. II. §. 266 fg. hält zwar den Vertrag für abgeschlossen, sobald der Acceptant den Annahmebrief auf die Post gegeben habe, und räumt demgemäß auch dem Antragsteller ein Widerrufsrecht nur bis zu diesem Zeitpunkt ein, gibt aber dennoch dem Acceptanten das Recht, seine Annahme bis zu deren Eingang bei dem Proponenten durch Widerruf unwirksam machen zu dürfen; und zu einem ähnlichen Ziele, wenn auch auf

eigenthümlichem Wege gelangt auch Windscheid, Lehrb. §. 306. Dieser unterscheidet nämlich zunächst, ob der Antrag von dem künftigen Schuldner oder von dem künftigen Gläubiger ausgeht; im erstren Falle sei der Vertrag im Augenblicke der Annahme vollendet, im zweiten dagegen sei in der Regel gar kein wahrer Antrag, sondern vielmehr nur eine Anfrage an den künftigen Schuldner vorhanden, und es sei eben darum auch nöthig, daß die Annahme zum Bewußtsein des Antragstellers gekommen sein müsse; lege man nun aber diese Unterscheidung zu Grunde, so ergebe sich für den dritten und häufigsten Fall, wenn bei dem beantragten Vertrag der Proponent zugleich Schuldner und Gläubiger werde, konsequenter Weise der Satz, daß zwar der Antragsteller schon gebunden sei im Augenblicke der Annahme seines Antrags, der andre Theil dagegen erst dann, wenn seine Annahme zum Bewußtsein des Antragstellers gekommen sei. — Wie in der Theorie, so stehen sich auch in der Praxis die verschiedenen Ansichten schneidend gegenüber, vgl. z. B. für die Agnitions-Theorie Seuffert's Arch. II. 160, VII. 16, XVI. 203, und für die Rekognitions-Theorie Strippelmann a. a. O. und Seuffert I. 194, III. 19. 310, V. 116, VIII. 24, und auch die neueren Gesetzgebungen sind ganz und gar nicht übereinstimmend, vgl. die übersichtliche Darstellung bei Regelsberger S. 43 fgg. — Man bemerke:

1) Wir setzen bei unsrer Frage voraus, daß ein Antrag im eigentlichen S. d. W. gemacht worden ist, und dazu gehört, daß der Anträger seinen Willen, den fraglichen Vertrag abzuschließen, bestimmt erklärt, und dabei den Vertrag so präzisirt hat, daß es zu seinem Abschluß nur einer einfachen Beistimmung des andren Theils — nicht nothwendig: eines einfachen Jaworts, wie Manche sagen, vgl. Regelsberger S. 50 fg. — bedarf; fehlt die eine oder andre dieser Voraussetzungen, so ist nicht sowohl ein Antrag, als vielmehr nur eine Anfrage und bzw. eine Aufforderung zu einem Antrage vorhanden, und es versteht sich ganz von selbst, daß es in einem solchen Falle zum wirklichen Abschlusse des Vertrags immer noch weiterer Verhandlungen bedarf, und selbst nicht einmal die Mittheilung der Antwort an den Proponenten genügt, sondern die Genehmigung des in der Antwort enthaltenen Antrags erforderlich ist. Ob nun aber in einem einzelnen Falle ein wahrer Antrag oder eine bloße Anfrage vorhanden sei, ist eine reine quaestio facti, und ich muß es für willkürlich halten, wenn Windscheid a. a. O. in dieser Beziehung unterscheiden will, ob die Proposition von dem künftigen Schuldner oder dem künftigen Gläubiger ausgeht. Selbst aber, wenn man dies zugeben könnte, so dürfte daraus doch gewiß niemals mit Windscheid gefolgert werden, daß in der Proposition zu einem gegenseitigen Vertrag zum Theil ein Antrag, zum andren Theil eine bloße Anfrage enthalten sei, denn, wer bei einem solchen Vertrage seinen Schuldner-Willen bestimmt erklärt, der hat auch nothwendig den festen Gläubiger-Willen, weil es in dem Wesen solcher Verträge liegt, daß jeder Kontrahent zugleich Schuldner und Gläubiger ist, und man das Eine ohne das Andre nicht sein kann, ohne den Begriff des Vertrags aufzuheben.

2) Liegt nun aber auch ein wahrer Antrag vor, so ist m. E. dennoch der Vertrag erst dann abgeschlossen, wenn die Annahme des Antrags dem Anträger bekannt geworden ist (Rekognitions-Theorie). Ein vertragsmäßiger

consensus ist nicht schon dann vorhanden, wenn nur Zwei denselben Vertrag wollen, sondern nur dann, wenn sie diesen übereinstimmenden Willen einander gegenüber erklärt, wenn sie sich darüber vereinbart haben, und dazu gehört als nothwendige Vorbedingung, daß Jeder von Beiden den Vertrags-Willen des Andren kennt. Dies gilt für alle Verträge, mögen sie unter Gegenwärtigen oder unter Abwesenden abgeschlossen weroen, und wie noch kein Vertrag vorhanden ist, wenn ich dem gegenwärtigen Antragsteller zwar zustimmend geantwortet habe, dieser aber meine Antwort nicht verstanden hat, entweder weil er die Sprache, in welcher ich antworte, nicht versteht, §. 1. J. de V. O (3, 15), oder weil er taub ist, l. 1. §. 15. de O. et A. (44, 7), l. 1. pr. de V. O. (45, 1): gerade so verhält es sich auch mit einem Vertrage unter Abwesenden; mag auch der Beantragte den Antrag angenommen, vielleicht den Brief schon auf die Post gegeben haben, mag selbst dieser Brief schon an seinem Bestimmungsorte angelangt sein: immer ist noch kein Vertrag, keine Vereinbarung da, bis der Antragsteller diese Annahme erfahren hat. Wenn man die Beweiskraft der vorher angeführten Stellen durch die Behauptung zu entkräften versucht hat, daß hier nur eine Besonderheit der Stipulation vorliege, die sich aus der Form derselben erkläre, so ist dies gewiß unbegründet; das *exaudire*, das Hören im buchstäblichen Sinne des Worts, ist freilich kein allgemeines Erforderniß der Verträge, sondern nur bei Verbalkontrakten nöthig, aber der Grund, aus welchem hier das exaudire verlangt wird, das *intelligere* debere, l. 48. de O. et A., ist bei allen Verträgen nothwendig. — Man könnte einwenden, und hat in Wahrheit schon eingewendet (s. z. B. noch *Hepp* cit. p. 98), daß ein solches beiderseitiges Bewußtsein, wie es unsre Theorie verlange, selbst nicht einmal dann vorhanden sei, wenn der Antragsteller die Annahme erfahren habe, sondern man müsse dann konsequent noch weiter verlangen, daß auch der Beantragte wieder erfahren habe, daß der Antragsteller zur Zeit, als ihm die Annahme bekannt geworden sei, noch wirklich den Vertragswillen gehabt habe, und so immer weiter, so daß also nach dieser Theorie, wenn man sie konsequent durchführen wolle, ein Vertrag unter Abwesenden in Wahrheit niemals zum Abschluß gelangen könne. Dieser Einwand fällt aber von selbst zusammen, wenn man erwägt, daß ein einmal erkärter Vertragswille selbstverständlich so lange als fortdauernd angenommen werden muß, bis er dem andren Theile gegenüber zurückgenommen ist, und wenn also bis zum Augenblicke der erfahrenen Annahme bei Keinem der beiden Kontrahenten eine Widerrufs-Erklärung eingetroffen ist, so haben in diesem Momente beide Kontrahenten das volle Bewußtsein des vorhandenen consensus, und damit ist der Vertrag vollendet.

3) Es giebt Vertragsfälle, die so beschaffen sind, daß die Annahme eines darauf gestellten Antrags als ganz gewiß, als sich ganz von selbst verstehend angesehen werden kann, so daß eben darum auch eine besondre Benachrichtigung der Annahme an den Anträger zum Zweck des Vertragsabschlusses als überflüssig erscheint, und gar nicht erwartet wird, und zwar ist dies dann der Fall, wenn der angebotene Vertrag den ausschließlichen Vortheil des Beantragten bezweckt, wie z. B. Schenkungen, unverzinsliches Darlehn, Leihvertrag, Verpfändung u. s. w. In solchen Fällen ist der Vertrag allerdings schon abgeschlossen

in dem Augenblicke, in welchem der Beantragte den Antrag angenommen hat. Man kann dies aber kaum als eine wahre Ausnahme des unter der vorigen Nummer aufgestellten Prinzips ansehen, indem es in Wahrheit auch hier nicht an dem Bewußtsein des Antragstellers fehlt. Da die Annahme als gewiß vorausgesetzt werden muß, so kann man mit vollem Rechte sagen, daß der Anträger sie kennt, obwohl sie ihm nicht besonders bekannt gemacht worden ist, wie wir ja von gar Vielem wissen, wovon wir keine besondre Benachrichtigung erhalten haben.

4) Ehe der Vertrag zum vollen Abschluß gekommen ist, ist begreiflich auch Keiner der beiden Interessenten vertragsmäßig gebunden, und es kann also bis zu diesem Zeitpunkte sowohl der Anträger seinen Antrag, als der Beantragte seine Annahme zurückziehen, ohne sich irgend eines Vertragsbruchs schuldig zu machen. Dabei ist nur zu beachten, daß die bloße Willensänderung völlig indifferent, und ein Widerruf im Rechtssinn nur dann vorhanden ist, wenn derselbe dem andren Theile gegenüber erklärt und demselben bekannt geworden ist. Freilich wird dies von Vielen geleugnet, die vielmehr den Augenblick der erweislichen Willens-Aenderung für entscheidend halten; wer aber annimmt, daß für den Antrag und die Annahme die Mittheilung an den Gegner die nothwendige Voraussetzung der Wirksamkeit ist, der muß konsequent auch dasselbe bei dem Widerrufe behaupten, und ein naheliegendes Argument dafür bieten auch die gesetzlichen Bestimmungen über Revokation eines Mandats oder einer Sozietät unter Abwesenden, l. 15. mand. (17, 1), l. 17. §. 1. pro soc. (17, 2), vgl. l. 12. de SC. Maced. (14, 6). Die oft hiergegen angeführte l. 4. pr. de manum. vind. (46, 2) beweis't m. E. gar nichts, da ein Schluß von einem streng einseitigen Akte (der manumissio eines Sklaven) auf nothwendig zweiseitige Vertrags-Verhandlungen gewiß nicht zulässig ist.

5) Wenn auch der Anträger vor erfahrener Annahme nicht vertragsmäßig gebunden ist, so hat er doch durch seinen Antrag bei dem Beantragten die gerechte Erwartung eines abzuschließenden Vertrags hervorgerufen, und wenn er nun durch unzeitige Zurücknahme seines Antrags diese Erwartung vernichtet, so hat er sich unzweifelhaft eines Verstoßes gegen die in allen Vertragsverhandlungen zu beobachtende bona fides schuldig gemacht, und ist deßhalb zum Schadensersatz verpflichtet, aber natürlich nur zum Ersatz des s. g. negativen Vertrags-Interesse, vgl. Bd. I. §. 109. Anm. Dies wird h. z. T. auch sehr allgemein angenommen, obwohl über die Begründung einer solchen Entschädigungs-Klage die Ansichten verschieden sind, vgl. Scheurl in Ihering's Jahrbb. II. S. 273 fgg., Bekker a. a. O. S. 364 fgg., Ihering in sein. Jahrbb. IV. Nr. 1. bes. S. 86 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 307. Anm. 3, Regelsberger a. a. O. S. 32 fgg.; s. auch Thöl, Handelsr. I. §. 57. Not. 3b. Natürlich aber fällt diese Verbindlichkeit des Antragstellers dann hinweg, wenn die Zeit abgelaufen ist, in welcher die Annahme hätte erwartet werden können. Da gemeinrechtlich diese Zeit nicht gesetzlich fixirt ist, so muß das Ermessen des Richters entscheiden, welcher dabei die Sitte des Verkehrs und die Umstände des einzelnen Falls zu berücksichtigen hat; daß gerade „umgehend" die Antwort ertheilt werden müsse,

läßt sich — abgesehen von Geschäften unter Kaufleuten — doch wohl kaum als durchgreifende Regel annehmen.

6) Es kann vorkommen, daß der Anträger ausdrücklich verspricht, daß er während einer bestimmten Zeit gebunden und der Antwort gewärtig sein wolle. In solchem Falle ist sein Widerruf vor Ablauf dieser Zeit ganz wirkungslos, und erfolgt rechtzeitig die Annahme, so ist er, ungeachtet seines Rücktritts dennoch zur Erfüllung des Vertrags und bzw. zur Leistung des positiven Vertrags-Interesse verpflichtet. Diese Verpflichtung ist eine vertragsmäßige. Das Versprechen, gebunden sein zu wollen, hat nämlich selbstverständlich auch den weiteren Inhalt, daß der Promittent für den Fall seines Rücktritts verspricht, Alles zu leisten, was der Promissar hätte, wenn der Rücktritt nicht erfolgt wäre, d. h. das volle Vertrags-Interesse zu prästiren, und dieses Versprechen wird durch die bloße Annahme von Seiten des Promissar zu einem bindenden Vertrage, indem dieser Fall augenscheinlich zu denjenigen gehört, in denen eine Bekanntmachung der Annahme an den Antragsteller nicht erforderlich ist (s. oben Nr. 3); vgl. auch Regelsberger S. 71 fgg. — Ginge die Erklärung des Anträgers nur dahin, „er wolle eine bestimmte Zeit lang die Antwort des Beantragten erwarten", so darf dies schwerlich als ein Versprechen, während dieser Zeit nicht zurücktreten zu wollen, aufgefaßt werden, sondern die Bedeutung einer solchen Erklärung ist vielmehr die, daß eine Antwort des Beantragten nach Ablauf dieser Zeit nicht mehr als eine den Anträger bindende Annahme des Antrags angesehen werden solle, m. a. W. daß dann der Antrag als abgelehnt angenommen werde. — Hätte etwa der Anträger umgekehrt erklärt, daß er nach Ablauf der bestimmten Zeit den Antrag als angenommen ansehen werde, so ist eine solche Erklärung natürlich ohne alle und jede Bedeutung.

7) Ein Versprechen, nicht zurücktreten zu wollen, kann auch stillschweigend gegeben werden, und namentlich ist dies dann der Fall, wenn dem Beantragten aufgegeben oder gestattet worden ist, im Falle der Annahme sogleich mit der Ausführung des Vertrags vorzugehen, wenn ich also z. B. Jemanden beauftrage, alsbald nach Empfang meines Briefs oder meiner Depesche irgend ein Geschäft für mich abzuschließen, oder wenn ich erkläre, eine bestimmte Parthie Waaren für einen bestimmten Preis kaufen zu wollen, und dabei verlange, daß der Beantragte, Falls er auf den Handel eingehe, diese Waare sogleich an irgend einen Dritten absende (über noch andre hierher gehörige Fälle s. die folg. Anm. 2. bei Nr. 4. a. E. und §. 636. Anm. bei Nr. 3). Es würde widersinnig sein, wenn in solchen Fällen der Anträger noch ein Widerrufsrecht bis zum Empfang der Annahms-Nachricht ausüben wollte, und es versteht sich also von selbst, daß er, indem er eine solche Erlaubniß ertheilt oder einen solchen Auftrag giebt, sich stillschweigend als an seinen Antrag gebunden erklärt. Die Grundsätze bei Nr. 6. sind also auch in diesen Fällen anwendbar.

8) Da es ein feststehender Grundsatz ist, daß der Erbe nur in schon begründete Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt, nicht aber in solche, die zur Zeit des Todes noch unfertig und nur erst im Entstehen sind, l. 18. comm. praed. (8, 4), l. 41. de R. C. (12, 1), l. 2. §. 6. de donat. (39, 5): so geht daraus von selbst hervor, daß, wenn Einer der beiden Interessenten, sei es der

Anträger oder der Beantragte, vor dem Zeitpunkte stirbt, in welchem der Vertrag zum Abschluß gekommen sein würde, der projektirte Vertrag dadurch nothwendig vereitelt wird, und es neuer Verhandlungen zwischen den Erben des Verstorbenen und dem andren Theil bedarf, wenn derselbe dennoch zu Stande kommen soll. Demgemäß wird der Regel nach der ganze Vertrag vereitelt, wenn der Tod des Einen oder Andren erfolgt, ehe die Annahme des Antrags dem Anträger bekannt geworden ist, sollten auch zur Zeit der erfolgten Annahme noch beide Interessenten gelebt haben. Diese Regel leidet aber mehrere Ausnahmen, und zwar tritt die erste selbstverständliche in den Fällen ein, in denen ausnahmsweise der Vertrag unter Abwesenden schon unmittelbar mit der Annahme abgeschlossen ist, vgl. oben Nr. 3, denn hier kann natürlich nur der vor der Annahme erfolgte Tod den Vertrag verhindern. Eine zweite Ausnahme muß aber auch in den vorher bei Nr. 6. und 7. besprochenen Fällen angenommen werden, wenn nämlich der Anträger ausdrücklich oder stillschweigend sich für gebunden an seinen Antrag erklärt hat, denn obwohl hier der Anträger stirbt, ehe ihm die Annahme seines Antrags bekannt geworden ist, so sind doch seine Erben noch eben so gebunden, wie er selbst es wäre; da nämlich der Erblasser, wie wir bei Nr. 6 sahen, vertragsmäßig verpflichtet ist — er hat ein ihn bindendes pactum de contrahendo abgeschlossen —, so ist nicht einzusehen, warum nicht die Erben in diese vollkommen begründete Verbindlichkeit des Erblassers eintreten sollten; a. M., aber m. E. aus einem nicht zutreffenden Grunde ist Regelsberger S. 101. — Eine andre Frage ist es, ob im Falle des Todes des Antragers dessen Erbe eben so, wie im Falle des unzeitigen Widerrufs der Erblasser selbst (vgl. Nr. 5), zum Ersatz des negativen Vertrags-Interesse verpflichtet sei? Die Billigkeit spricht augenscheinlich dafür, aber ich weiß eine solche Verpflichtung nicht zivilistisch zu begründen, und namentlich dürfte die Argumentation von Ihering S. 91 fgg., welcher auch hier eine *culpa* in contrahendo finden will, schwerlich Billigung verdienen. Für entschieden verwerflich aber halte ich die noch weiter gehende Meinung von Regelsberger S. 109 fgg., der die Erben des Antragers sogar für verpflichtet erklärt, in den Vertrag selbst einzutreten, wenn nur der Anträger noch zur Zeit der Annahme gelebt habe, ja sogar dann, wenn er zwar schon vorher gestorben, aber sein Tod dem Beantragten damals noch nicht bekannt gewesen sei; Analogieen, die ziemlich weit hergeholt und m. E. wenig zutreffend sind, haben ihn zur Aufstellung von Sätzen bestimmt, die mit den von ihm selbst gründlich vertheidigten Prinzipien der ganzen Lehre in schneidendem Widerspruche stehen.

9) Wenn Einer der beiden Interessenten wahnsinnig wird, ehe der Vertrag zu vollem Abschluß gekommen ist, so kann der Vertrag eben so wenig, wie im Falle des Todes, zu Stande kommen, und dasselbe muß auch im Falle einer Prodigalitäts-Erklärung oder einer Konkurs-Eröffnung dann angenommen werden, wenn durch ein solches Ereigniß der fragliche Vertrag auch dann verhindert würde, wenn etwa beabsichtigt wäre, denselben unter Gegenwärtigen abzuschließen.

Mehrfach abweichende Bestimmungen enthält das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 319—323, vgl. Thöl, Handelsr. I. § 57[a], Endemann, Handelsr. §. 94,

Hahn, Komm. zu den H. G. B. II. S. 142 fgg. Dieselben auch auf andre Verträge, die nicht in die Sphäre dieses Gesetzbuchs fallen, anzuwenden, kann gewiß nicht gebilligt werden, da bei Handelsgeschäften unverkennbar vielfach eigenthümliche Rücksichten Platz greifen.

Anm. 2. In mehrfach eigenthümlicher Weise kann ein Vertrag in Folge einer s. g. Auslobung zum Abschluß gebracht werden; vgl. Bülow, Abhh. Th. I. Nr. 11. („über die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Prämie" u. s. w.), Jhering in sein. Jahrb. IV. S. 93 fgg., Schütze in Bekker's Jahrb. V. S. 33 fgg., Regelsberger a. a. O. S. 196 fgg. — Sintenis II. §. 96. Not. 58, Kuntze zu Holzschuher III. S. 297 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 309. Es kommen hierbei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht:

1) Auslobung ist eine öffentliche Bekanntmachung, wodurch Jemand demjenigen, welcher eine näher zu bezeichnende Leistung machen werde, eine bestimmte Gegenleistung zusichert; z. B. Versprechen eines Lohns für das Wiederbringen einer verlornen Sache, für die Entdeckung eines Verbrechers, für die Verschaffung einer Stelle, Preisausschreiben für eine wissenschaftliche oder künstlerische Arbeit u. dgl. m. Solche Auslobungen kamen auch schon bei den Römern vor (vgl. die Nachweisungen bei Regelsberger S. 197. Not.), aber vergeblich suchen wir nach rechtlichen Bestimmungen darüber (vgl. über die ohne Grund hierher gezogenen Gesetzesstellen Schütze S. 56 fgg.), und schon daraus, aber noch viel mehr aus ihrer bekannten, nur theilweise und nur allmälig überwundenen, Abneigung gegen Rechtsgeschäfte mit personae incertae, dürfte sich allerdings wohl die Behauptung rechtfertigen, daß das römische Recht dergleichen Versprechungen keine rechtliche Bedeutung zugestanden habe. Unzweifelhaft aber sind im modernen Rechtsleben dieselben durch entschiedenes Gewohnheitsrecht zu voller Anerkennung gelangt, und wenn Savigny, Obl. II. S. 90 fg. auch noch im heutigen Rechte nur die actio doli zulassen will, so hat diese Behauptung mit Recht den allgemeinsten Widerspruch gefunden.

2) Wenn man jetzt auch allgemein einräumt, daß aus einer Auslobung eine Klage auf Erfüllung der Zusage zulässig ist, so ist man doch über die Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses keineswegs einig. M. E. kann hier weder der Gesichtspunkt einer besondren, durch Gewohnheitsrecht zugelassenen, Art der Pollizitation zu Grunde gelegt werden (wie dies von Vielen geschieht, vgl. z. B. Sintenis und Kuntze citt., Puchta §. 259, Arndts §. 241. u. A. m.), noch auch entscheiden hier die Grundsätze über bedingtes Versprechen (vgl. z. B. Bülow u. Jhering citt.), sondern das einzig Natürliche und Sachgemäße scheint mir, die Auslobung aufzufassen als einen Antrag zu einem Vertrage (in dem in der vorherg. Anm. angedeuteten Sinne), als ein Angebot, welches durch die in der effektuirten Leistung enthaltene Annahme zu einem wahren Vertrag wird, so daß der Auslobende mit einer Vertragsklage zur Effektuirung seiner versprochenen Gegenleistung gezwungen werden kann; vgl. auch Bülow, Jhering, Schütze, Regelsberger, Windscheid a. den aa. OO. Der Antrag durch Auslobung hat allerdings zwei Eigenheiten, die jedoch mit dem Begriffe des Antrags sehr wohl vereinbar sind, nämlich erstens, daß der Antrag nicht, wie sonst gewöhnlich, an eine bestimmte Person gerichtet wird, sondern an einen

Jeden, welcher im Stande ist und Lust hat, die von dem Auslobenden geforderte Leistung zu machen, daß es also, um mit Ihering zu reden, ein Popular-Antrag ist, und zweitens, daß die Annahme nicht durch einfache, dem Anträger mitgetheilte Annahms-Erklärung, sondern nur dadurch geschehen kann, daß die verlangte Leistung wirklich effektuirt wird. (Das Letztere kann natürlich auch bei gewöhnlichen Anträgen an eine bestimmte Person ganz eben so vorkommen, wenn der Anträger ausdrücklich erklärt hat, daß er nur dann den Antrag als angenommen ansehen werde, wenn der Beantragte auch sogleich den Vertrag erfülle; aber das Eigenthümliche bei der Auslobung besteht darin, daß dabei nur diese Art der Annahme möglich ist). Da hier immer die vorgängige Leistung von einer Seite die nothwendige Voraussetzung für die Perfektion des Vertrags ist, so gewinnt dadurch unser Verhältniß eine unverkennbare Aehnlichkeit mit dem römischen Innominatkontrakt (facio ut des).

3) Da der Auslobende nicht durch seine Auslobung, sondern erst durch die in der Leistung enthaltene Annahme seines Antrags verpflichtet wird, so versteht es sich von selbst, daß er nur dann rechtlich zur Zahlung der Belohnung verbunden ist, wenn die fragliche Leistung gerade mit Beziehung auf die Auslobung erfolgt ist, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Annahme des Antrags darin gefunden werden kann. Wenn also Jemand die verlorne Sache wiedergebracht, den Verbrecher entdeckt, die Erfindung gemacht und publizirt hat, ohne von der Auslobung einer Prämie etwas zu wissen, so kann er nicht, wie Regelsberger S. 212. meint, „hinterher die von ihm schon gelieferte Leistung als Erfüllung der Auslobung geltend machen"; zu einer so gewaltsamen Erhebung einer Anstandspflicht zu einer erzwingbaren Verbindlichkeit ist, wie kein genügender Rechtsgrund, so auch gewiß kein dringendes Bedürfniß vorhanden.

4) Jeder Anträger kann der Regel nach seinen Antrag vor der Annahme widerrufen, und so muß es grundsätzlich auch dem Auslobenden gestattet sein, ehe die fragliche Leistung an ihn geschehen ist, sein Versprechen zurückzuziehen, wobei sich nur von selbst versteht, daß ein solcher Widerruf, um wirksam zu sein, eben so öffentlich erklärt sein muß, wie die Auslobung selbst. Dies wird auch allgemein zugegeben, so lange noch res integra ist, d. h. ehe noch Jemand ernstlich Hand an die Vollbringung der Leistung gelegt hat, und derjenige, welcher erst nach geschehenem Widerruf Kosten und Arbeit zum Zweck solcher Leistungen aufgewendet hat, kann unmöglich Ansprüche irgend einer Art gegen den Auslobenden geltend machen. Aber wie verhält es sich, wenn Jemand Geld und Zeit aufgewendet hat, um die ausgesetzte Prämie zu verdienen, und dann erst der Widerruf erfolgt? Mit dem kahlen Satze, daß Jeder, welcher dergleichen thue, wissen müsse, daß er ein gewagtes Geschäft unternehme, und es also nur sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er dadurch zu Schaden komme, kann man sich doch gewiß nicht zufrieden geben, und mit größtem Rechte hat sich daher auch die herrschende Lehre dahin ausgesprochen, daß in solchem Falle allerdings Ansprüche gegen den Auslobenden erhoben werden könnten. Ueber das Einzelne gehen aber die Ansichten auseinander. Die Einen wollen nämlich denen, die erweislich schon vor dem Widerruf Aufwendungen gemacht, eine Klage auf Schadensersatz (auf das s. g. negative Vertrags-Interesse) einräumen, deren

Begründung dann in verschiedener Weise versucht wird, vgl. z. B. Jhering, Schütze, Windscheid a. d. aa. OO., Savigny, Oblig. II. S. 90 fg., Seuffert, Pand. §. 256. Not. 13. u. A. m. Die Andren dagegen behaupten, daß der Widerruf denen gegenüber, die schon mit der Effektuirung der Leistung begonnen hätten, wie gar nicht geschehen anzusehen sei, und der Auslobende also, wenn nachher wirklich die Leistung in der vorgeschriebenen Weise erfolge, die versprochene Gegenleistung ungeachtet des Widerrufs vollständig zahlen müsse, vgl. z. B. Bülow, Sintenis, Kuntze, Regelsberger a. d. aa. OO., Unterholzner I. S. 53, Puchta §. 259, Arndts §. 241. u. A. m. Nach meinem Dafürhalten ist diese letztre Annahme die allein sachgemäße, indem nur sie den Interessen aller Betheiligten in genügender Weise Rechnung trägt, denn wie auf der einen Seite jeder durch die Auslobung Induzirte wohl verlangen kann, daß ihm auch wirklich die zugesagte Gegenleistung im Falle des Gelingens seiner Thätigkeit zu Theil werde, und er nicht mit magerem Schadensersatz abgefunden werde, so kann auch der Auslobende billiger Weise nur denjenigen gegenüber verpflichtet werden, denen auch wirklich die geforderte Leistung gelungen ist, aber nicht allen denjenigen gegenüber, die, vielleicht in sehr großer Zahl, nur Hand an das Werk gelegt haben; wollte man, um dieser augenscheinlichen Härte zu entgehen, dem Kläger den Beweis auflegen, daß ihm ohne den Widerruf der Preis gewiß zugefallen wäre, so wäre damit augenscheinlich das ganze Recht auf Schadensersatz in den weit meisten Fällen eine Illusion, und durch die andre Annahme, daß dem Auslobenden der Gegenbeweis nachzulassen sei, Kläger würde auch ohne den Widerruf den Preis doch nicht erlangt haben, würde bei der Unerbringlichkeit solchen Beweises die Härte nicht aufgehoben. Wie aber die Unwirksamkeit des Widerrufs denjenigen gegenüber, die ihre Thätigkeit zur Ausführung der Leistung bereits begonnen haben, zivilistisch zu begründen sei, ergibt sich von selbst aus den Ausführungen der vorhergehenden Anm. bei Nr. 6. und 7. verb. mit Nr. 3, denn m. E. liegt hier einer der Fälle vor, in denen der Anträger stillschweigend verspricht, nicht widerrufen zu wollen, und dieses Versprechen wird schon durch die bloße Handanlegung, also durch den Beginn der Thätigkeit von dem Bewerber angenommen und dadurch zu einem den Auslobenden bindenden Vertrag; vgl. auch Regelsberger S. 222 fgg.

5) Ganz wie im Falle des Widerrufs, und wesentlich aus denselben Gründen, muß auch im Falle des Todes die einfache Regel aufgestellt werden, daß zwar prinzipiell mit dem vor der wirklichen Leistung erfolgenden Tode des Auslobenden die Auslobung ihre Wirksamkeit verliert, daß jedoch diejenigen, die schon vor dem Tode ihre Thätigkeit ernstlich begonnen haben, auch den Erben des Auslobenden gegenüber noch eben so berechtigt bleiben, wie sie diesem selbst gegenüber, wenn er nicht gestorben wäre, sondern widerrufen hätte, ihr Recht hätten geltend machen können, vgl. auch Anm. 1. Nr. 8.

6) Wenn die gewünschte Leistung so beschaffen ist, daß sie mehrmals von Verschiedenen gemacht werden kann, und wenn sie nun wirklich von Mehreren effektuirt ist, wenn also z. B. Mehrere den Verbrecher denunziirt, Mehrere die geforderte Erfindung gemacht und dem Auslobenden mitgetheilt haben u. dgl.: so muß, wenn in der Auslobung keine besondren Bestimmungen getroffen worden

sind (z. B. Anordnung eines Preisgerichts für eingehende wissenschaftliche oder künstlerische Arbeiten) als Regel angenommen werden, daß der Auslobende doch nur einmal die ausgesetzte Gegenleistung zu zahlen hat, und zwar entscheidet hier die Prävention; sollten die Leistungen ganz gleichzeitig gemacht sein, so müssen die Mehreren nach ihrer Wahl entweder loosen oder den Preis unter sich vertheilen. Sollte in einem solchen Falle die Leistung schon von einem Dritten, der sich gar nicht um den Preis beworben hat, geschehen sein, hat also z. B. schon ein Dritter den Verbrecher zur Anzeige gebracht oder die gewünschte Erfindung publizirt, ehe ein Bewerber mit seiner Leistung hervorgetreten ist, so ist natürlich gar kein Anspruch auf die ausgesetzte Prämie begründet, und eben so wenig auch ein Recht, die gemachten Auslagen ersetzt zu verlangen; denn die Gefahr — daß ein Andrer, Bewerber oder Nichtbewerber, ihm zuvorkomme, muß allerdings Jeder, welcher sich einer solchen Aufgabe unterzieht, auf sich nehmen.

7) Von der Auslobung sind solche öffentliche Bekanntmachungen zu unterscheiden, die nicht sowohl einen Antrag, als vielmehr nur Aufforderungen zu Anträgen enthalten, wie z. B. wenn öffentlich ein Kaufmann seine Waare zu festen Preisen feilbietet, wenn ein Hauseigenthümer eine Wohnung mit bestimmtem Miethpreis offerirt, wenn ein Werkmeister Arbeiter mit fixirtem Lohn zum Diensteintritt auffordert u. dgl. m. In allen solchen Fällen ist nicht schon mit der Annahme von Seiten eines Dritten ein bindender Vertrag abgeschlossen, sondern derjenige, welcher eine solche Bekanntmachung erlassen hat, hat Trotz derselben doch das unzweifelhafte Recht, den sich Anmeldenden den Vertragsabschluß zu verweigern. Dies wird auch von Allen anerkannt; aber nicht so einverstanden ist man bei Beurtheilung einer andren Art von öffentlichen Bekanntmachungen, die unleugbar mit den Auslobungen große Aehnlichkeit haben, aber doch davon unterschieden werden müssen, und bei denen es sich im Grunde eben so verhält, wie in den vorher berührten Fällen. Es kommt nämlich oft vor, daß Verkäufer öffentlich ihre Waaren anpreisend feilbieten, und um die Echtheit und Vortrefflichkeit derselben außer Zweifel zu setzen, denjenigen, welche ihre Unechtheit oder Fehlerhaftigkeit nachweisen würden, eine — oft sehr nahmhafte — Summe zusichern. Auch hier haben wir also, ganz wie bei der Auslobung, die öffentliche Zusicherung einer Geldsumme für den Fall einer gewissen effektuirten Leistung; aber der wesentliche Unterschied ist der, daß bei der Auslobung eine Gegenleistung für eine gewünschte und verlangte Leistung, hier aber in Wahrheit eine Strafzahlung für einen unerwünschten und nicht gewollten Fall versprochen wird, und damit hängt unmittelbar die weitere eingreifende Verschiedenheit zusammen, daß hier in Wirklichkeit gar kein wahrer Antrag von dem Verkäufer beabsichtigt wird. Aus denselben Gründen, aus denen anerkannter Weise die in solchen öffentlichen Feilbietungen angepriesenen Vorzüge der Waaren keine obligirenden dicta et promissa sind, können auch solche Strafzusicherungen nicht als bindende Anträge, die nur der Acceptation bedürften, um von selbst zu einem perfekten Vertrag zu werden, angesehen werden, sondern nur als Bereiterklärungen zum Abschluß eines Pönalvertrags, aus denen aber der Verkäufer ganz und gar nicht zur wirklichen Eingehung desselben verpflichtet ist. Meldet sich also ein Käufer, und verlangt mit Berufung auf die öffentliche Bekanntmachung den

Abschluß eines solchen Pönalvertrags, so kann ihn der Feilbieter unbedenklich zurückweisen, und nur erst, wenn er einem solchen Verlangen wirklich nachgibt, wird er vertragsmäßig gebunden. Ganz dasselbe gilt bei öffentlichen Bekanntmachungen, durch welche Jemand einen Jeden, welcher ihn in einem Ringkampf, Wettlauf und dgl. besiegen würde, eine bestimmte Prämie zusichert. Auch hier ist nicht ein bindender Antrag vorhanden, und der Herausforderer kann Trotz seiner öffentlichen Aufforderung einen Jeden, welcher sich meldet, einfach zurückweisen; thut er dies aber nicht, sondern nimmt er den Kampf wirklich an, dann ist er freilich aus seiner Zusage gebunden, nicht anders, wie wenn er ohne öffentliche Bekanntmachung einen Vertrag dieser Art mit diesem Einzelnen abgeschlossen hätte. Die hier angenommene Ansicht wird auch dem Resultate nach, obwohl aus andern Gründen, besonders von Schütze und Regelsberger an den aa. OO. vertheidigt, während Ihering, Kuntze und Windscheid a. d. aa. OO. abweichende Meinungen vertreten.

b) Insbesondere von dem Einflusse

aa) des Irrthums. §. 604.

Koch II. S. 115 fgg., Unterholzner I. S. 57 fgg. — Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 4, *Kern*, de errore contrahentium. Goett. 1806, *Krite*, de erroris facti in emt. effectibus. Lips. 1813, *de Wael*, de errore in conventionibus. Traj. ad Rh. 1821, Valett, prakt. theor. Abh. Nr. 5, Hoffmann in sein. und Fuhr's ziv. Vers. Nr. 7, *Richelmann*, comm. de facti errore in conventionibus. Goett. 1832, umgearbeitet in dess. Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannov. 1837, v. Savigny, System Bd. III. S. 263 fgg., Herrmann in der Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 121 fgg. S. 229 fgg. S. 439 fgg., VIII. S. 104 fgg., *Molitor* I. p. 136 sqq., Wächter, Würt. Privatr. II. S. 743 fgg., Unger, Oestr. Privatr. I. §. 89. S. 120 fgg. — Vgl. auch Clausen in der von dems. redigirten Holstein. juriſt. Zeitschr. Jahrg. 1844. Heft 1. S. 167 fgg. und Christiansen, zur Lehre von der natur. oblig. und der cond. indeb. Kiel 1844. S. 39 fgg.

1) *Pompon.* l. 57. de O. et A. (44, 7): In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant,

aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

2) *Ulp.* l. 9. de contrah. emt. (18, 1): In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam quum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emtionem. (§. 1). Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio, nihil enim facit error nominis, quum de corpore constat. (§. 2). Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Dig., emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur; (*Paul.* l. 10. eod.) aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet.

Anm. Wenn bei einem Vertrage ein Irrthum eines der Paziszenten oder Beider vorgekommen iſt, ſo entſcheidet dabei nicht ein ſo einfacher Grundſatz, wie dies in Betreff des Irrthums bei einem letzten Willen der Fall iſt (vgl. Bd. II. §. 431. Anm. 2). Zwar wird in manchen Stellen der ſcheinbar allgemeine Satz ausgeſprochen, daß der Irrthum den Konſens ausſchließe, und der aus Irrthum hervorgegangene Wille gar kein wahrer Wille ſei („errantis non est voluntas"), l. 15. de jurisd. (2, 1), l. 2. pr. de judic. (5, 1), l. 20 de aqua pluv. (39, 3), l. 116. §. 2. de R. J., l. 8. 9. C. de jur. et facti ignor. (1, 18), woraus man zu folgern geneigt ſein möchte, daß jeder Vertrag nichtig ſein müſſe, bei welchem ein Irrthum auf die Willensbeſtimmung von Einfluß geweſen ſei. Aber ein ſolcher Grundſatz würde nicht nur aus inneren Gründen abſolut verwerflich ſein, indem dadurch die Sicherheit des geſammten Vertrags-Verkehrs geradezu vernichtet wäre, ſondern er iſt auch, wie die folgenden Ausführungen zeigen, dem römiſchen Rechte gänzlich fremd, und dabei machen auch die vorher angeführten Stellen keine ernſtliche Schwierigkeit; ſie wollen und

können nicht sagen, daß jeder Irrthum den Willen ausschließe; sondern es geht aus ihnen nur hervor, daß es Fälle gibt, in denen wegen des Irrthums der zum Abschlusse des Geschäfts erforderliche Wille und resp. Konsens nicht vorhanden, und folglich das Geschäft nichtig ist (vgl. Bd. I. §. 83. Anm.). Wann dies aber der Fall sei, bedarf einer speziellen Untersuchung, und es müssen daher, um den Einfluß des Irrthums auf Verträge zu bestimmen, die einzelnen Hauptrichtungen, in welchen ein solcher Irrthum vorkommen kann, genau unterschieden, und für jede besonders untersucht werden, ob der Irrthum ein den Konsens ausschließender, ein wesentlicher, also den Vertrag vernichtender, oder ein nicht wesentlicher, also einflußloser ist (s. g. error essentialis und error concomitans).

I. Wenn der Irrthum des Einen Paziszenten die Vertrags-Intention des Andern betrifft, d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten etwas Andres im Sinne hat, als der Andre, wenn also ein Mißverständniß vorgekommen ist, dann läßt sich allerdings die durchgreifende Regel aufstellen, daß der Vertrag nichtig ist, weil es hier augenscheinlich an allem wahren Konsense fehlt, vgl. T. 1. Dies kommt aber insbesondre vor

1) bei einem Irrthum über die Vertragsart selbst, d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten einen andren Vertrag im Sinn hat, l. 18. de R. C. (12, 1), l. 9. pr. de contr. emt. (T. 2), l. 3. §. 1. de O. et A. (44, 7), vgl. l. 5. pr. de neg. gest. (3, 5). Obwohl aber in solchem Falle kein rechtsgiltiger Vertrag abgeschlossen ist, so steht dies doch der Eigenthums-Uebertragung nicht im Wege, vgl. Bd. I. §. 311. Anm. 3.

2) Es kommt dies ferner vor bei einem Irrthum über die Identität des Gegenstandes (error in corpore), d. h. wenn Jeder der beiden Paziszenten an ein ganz andres Objekt denkt. Auch hier ist der Vertrag schlechthin nichtig, T. 1. und 2, l. 83. §. 1, l. 137. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 10. C. de donat. (8, 54), §. 28. J. de inutil. stip. (3, 19), und selbst die Tradition wird durch einen solchen Irrthum wirkungslos, so daß daraus weder unmittelbar Eigenthum, noch auch nur Usukapionsbesitz begründet wird, l. 34. pr. de adqu. poss. (41, 2), l. 2. §. 6. pro emt. (41, 4). Wird jedoch nur über die Identität einer Accession geirrt, so bleibt das Geschäft giltig bestehen, und es muß diejenige Nebensache geleistet werden, welche der Promittent im Sinne hat, l. 34. pr. de contr. emt. (18, 1). (Ueber diese Stelle, und namentlich über die gewiß unbegründete und ganz willkürliche Konjektur von Cujac. Obss. I. 10, XVIII. 31. und comm. in libr. XXXIII. Paul. ad Edict. ad h. l. in opp. V. 505, welcher statt: quem *venditor* intellexerit lesen will: quem *emtor* intellexerit, vgl. außer den bei Schult. et Smallenb. ad h. l. voll. III. p. 412 sqq. und bei Glück IV. S. 160 fgg. Angeführten auch noch Hoffmann a. a. O. S. 100 fgg., Richelmann a. a. O. S. 154 fgg., Erner, Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867. S. 271. Not. 55). — Wird nicht sowohl über das corpus, als vielmehr nur über den Namen der Sache geirrt, so ist dieser Irrthum ganz einflußlos, l. 9. §. 1. de contr. emt., l. 80. de judic. (5, 1), l. 32. de V. O. (45, 1). Wenn übrigens Hoffmann a. a. O. S. 102. behauptet, daß im Falle eines error in corpore dann, wenn der Promittent

den Irrthum des Promissarius gekannt habe, das Rechtsgeschäft aufrecht erhalten und dem Promissarius dasjenige geleistet werden müsse, was dieser im Sinne gehabt habe, weil das Schweigen des Promittenten so ausgelegt werden müsse, als habe derselbe sich der Meinung des Acceptanten akkommodirt, so ist dies sicherlich unbegründet, indem sich hier nur so viel sagen läßt, daß der Promittent wegen seines Dolus dem andren Kontrahenten allen erweislichen Schaden ersetzen muß, vgl. auch Richelmann S. 49 fgg.

3) Wenn der Vertrag nicht über eine species, sondern über ein genus abgeschlossen wird, und jeder der beiden Kontrahenten hat ein andres genus im Sinne, so steht dies begreiflich dem error in corpore völlig gleich.

4) Wenn der Gegenstand der vertragsmäßigen Leistung eine Quantität ist, und jeder der beiden Kontrahenten denkt dabei an eine andre, so muß zwischen ein- und zweiseitigen Verträgen unterschieden werden. Verträge der erstren Art bleiben immer insofern giltig, daß die geringste unter den beiden Quantitäten geleistet werden muß, denn insoweit ist ja wirklicher Konsensus vorhanden, l. 1. §. 4. de V. O. Bei zweiseitigen Verträgen dagegen — wo also das Versprechen einer Quantität sich auf eine erwartete Gegenleistung bezieht — wird der Vertrag völlig nichtig, wenn der Promittent der Quantität weniger zu geben, als der Promissar zu empfangen gedachte, während im umgekehrten Falle auch der zweiseitige Vertrag bis zum Belauf der kleineren Quantität bestehen bleibt, l. 52. locati (19, 2):

> *Pompon.* „Si decem tibi locem fundum, tu autem existimas quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi“.

II. Wenn der Irrthum in Betreff des Objekts vorkommt, so kann dies wieder nach mehrfachen Richtungen der Fall sein:

1) Wenn der Irrthum die Existenz des Objekts betrifft, so ist hier zunächst so viel gewiß, daß wenn vor Abschluß des Vertrags die ganze Sache zu Grunde gegangen ist, der Vertrag stets nichtig ist, einerlei ob dabei ein Irrthum vorkam oder nicht, l. 15. pr. de contr. emt.:

> *Paul.* „Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est“,

vgl. auch l. 8. pr., l. 44. eod., l. 1. 7. de hered. v. act. vend. (18, 4), und zwar wird die ganze Sache schon immer dann als nicht mehr vorhanden angenommen, wenn das, was bei dem Vertrage als das eigentliche Vertragsobjekt erscheint, vollständig vernichtet ist, so daß also z. B. bei einem Vertrage über ein Haus oder über einen Wald der völlige Untergang dann anzunehmen ist, wenn das ganze Haus oder der ganze Wald abgebrannt sind, obgleich natürlich Grund und Boden übrig geblieben, vgl. l. 57. pr., l. 58. de contr. emt., l. 1. §. 9. de O. et A. (44, 7). Ist aber nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil derselben vor dem Vertrage zu Grunde gegangen, so versteht sich im Falle eines einseitigen Vertrags von selbst, daß stets das Uebriggebliebene von dem Promissarius in Anspruch genommen werden kann. Ist aber für die theilweise zu Grunde gegangene Sache eine Gegenleistung bedungen worden, wie z. B. in dem

Falle, wenn ein Haus verkauft und dieses schon vor Abschluß des Vertrags theilweise abgebrannt ist, so enthält hierüber die l. 57. de contr. emt. conj. l. 58. eod. mehrfache Bestimmungen, bei denen es, wenigstens zum Theil, schwer sein möchte, den Vorwurf der Willkürlichkeit ganz zu beseitigen, obgleich doch sicher *A. Faber*, Conj. XII. 17. und Rational. ad h. l., und *Noodt*, de form. emend. dol. mal. c. 11. zu weit gehen, wenn sie deßhalb den größten Theil der l. 57. cit. als ein unverständiges Machwerk Tribonian's brandmarken wollen, vgl. auch außer den bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 423 sqq. und bei Glück XVI. S. 21 fgg. Angeführten noch *Cujac.* ad libr. X. Quaest. Papin. ad l. 58 cit. in opp. IV. p. 245 sqq., Burchardi, Wiedereinsetzung S. 340 fgg., Hoffmann S. 120 fgg., Richelmann S. 73 fgg., Mommsen, Beiträge zum Oblig. R. Bd. I. S. 162 fgg. Es werden aber in dem zitirten Gesetze folgende Fälle unterschieden:

a) Wenn keiner der beiden Paziszenten um den Hausbrand wußte, und es ist zwar nicht das ganze Haus, aber doch der größere Theil desselben abgebrannt, so kann zwar nicht — wie doch fast alle Ausleger behaupten — gesagt werden, daß der Vertrag nichtig sei, sondern es soll vielmehr von der Bestimmung des Käufers abhängen, ob er sich an denselben gebunden halten will, oder nicht, l. 57. pr. cond. „non compellatur emtor perficere emtionem", Richelmann S. 77 fgg. Ist aber nur die Hälfte oder weniger als die Hälfte abgebrannt, so bleibt der Vertrag giltig bestehen, und der Verkäufer muß sich nur eine verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises gefallen lassen. — Wären jedoch mehrere Sachen als zusammen gehörig verkauft worden, z. B. ein Viergespann, so wird aus nahe liegenden Gründen der ganze Vertrag nichtig, wenn auch nur eine dieser Sachen vor Abschluß desselben zu Grunde gegangen ist, einerlei, in welchem Verhältniß ihr Werth zu dem der übrig gebliebenen Sachen steht, l. 44. de contr. emt., vgl. mit l. 34. 35. 36. 38. §. 13. 14. de Aedil. Edicto (21, 2).

b) War der Brand dem Verkäufer allein bekannt, dann ist zwar der Verkauf nichtig, wenn das ganze Haus abgebrannt ist, s. oben. Ist aber auch nur ein kleiner Theil des Gebäudes erhalten, dann bleibt der Verkauf bestehen, und der Verkäufer muß wegen seines dolus dem Käufer das gesammte Interesse ersetzen, l. 57. §. 1. cit.; vgl. auch l. 34. §. 3. de contr. emt., wo es in einem ähnlichen Falle, wenn eine gestohlene Sache Gegenstand des Verkaufs war, und der Verkäufer allein um dieses vitium wußte, heißt: „utrimque obligatio contrahitur".

c) Hat nur der Käufer um den Brand gewußt, so soll er stets an den Vertrag gebunden sein, und das volle Pretium zahlen, l. 57. §. 2. cit. Natürlich wird aber auch hier vorausgesetzt, daß nicht das ganze Haus abgebrannt ist, obwohl doch Manche (z. B. Richelm. S. 83. und die dort Angeff.) a. M. sind, aber gegen die oben zitirten Gesetze, und gegen die Natur der Sache, wornach in solchem Falle der Vertrag als ein objektloser ohne alle Unterscheidung nichtig sein muß. — Der ähnliche Fall, wenn eine res furtiva Gegenstand des Kaufgeschäfts ist, und blos der Käufer dieses vitium kennt, wird übrigens in l. 34. §. 3. de contr. emt. so entschieden: „non obligabitur venditor, *nec*

tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet", und Manche (z. B. Weſtphal, vom Kauf §. 56. a. E., Thibaut a. a. O. S. 137. u. A.) wollen daher auch in dem Falle der l. 57. §. 2. cit. dem Käufer die exceptio non adimpleti contractus einräumen; aber es iſt dies nicht nur mit dem klaren Wortſinn dieſes Geſetzes unvereinbar, ſondern es iſt dabei auch verkannt, daß im Falle wirklichen Untergangs die Erfüllung unmöglich, und darum auch jene Einrede unſtatthaft iſt, während ſich dies im Falle der Furtivität anders verhält; vgl. auch Glück XVI. S. 22 fgg., Richelmann S. 84 fgg.

d) Hatten beide Theile Kenntniß von dem Brande, dann ſoll der gegenſeitige dolus ſich aufheben, und der Vertrag als nicht geſchloſſen angeſehen werden, l. 57. §. ult. cit., vgl. auch l. 34. §. 3. de contr. emt.: „Item si et emtor et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur".

2) Wenn ein Irrthum des Promiſſars in Betreff der Qualitäten der Sache vorkommt (vgl. hierüber außer den oben Angeff. auch noch Renaud im ziv. Arch. XXVIII. S. 247 fgg. und Kritz, Rechtsfälle IV. S. 345 fgg.), ſo kann dadurch ein einſeitiger Vertrag niemals aufgehoben werden, l. 22. de V. O. (45, 1):

> *Paul.* „Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris",

vgl. auch l. 1. §. 2. de pignorat. act. (13, 7). Handelt es ſich aber um Leiſtung und Gegenleiſtung, ſo geht die herrſchende Lehre dahin, daß zwar allerdings ein Irrthum über den Stoff (ſ. g. error in substantia) der Regel nach als ein weſentlicher angeſehen werden müſſe, während dagegen ein Irrthum über anderweite Eigenſchaften (ſ. g. error in bonitate) regelmäßig einflußlos ſei. Gewiß mit Recht iſt aber jetzt dieſe Lehre von v. Savigny a. a. O. S. 276 fgg. bekämpft, und ſtatt derſelben das eben ſo ſehr der Natur der Sache als den Geſetzen angemeſſene Prinzip aufgeſtellt worden, daß der Irrthum über eine Eigenſchaft dann ein weſentlicher iſt, „wenn durch die irrig vorausgeſetzte Eigenſchaft nach den im wirklichen Verkehr herrſchenden Begriffen, die Sache zu einer andren Art von Sachen gerechnet werden muß, als wozu ſie wirklich gehört", wobei von ſelbſt einleuchtet, daß dazu eine Verſchiedenheit des Stoffs weder nothwendig, noch ſtets hinreichend, und alſo die Unterſcheidung zwiſchen error in substantia und error in bonitate zwar wohl logiſch richtig, aber juriſtiſch irrelevant iſt, vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 65. und Vorleſ. ad h. l., Sintenis I. S. 198 fg., II. S. 299, Arndts §. 239, Windſcheid §. 76. Not. 9, Exner, Rechtserwerb durch Tradition. S. 276 fgg., und ſ. auch noch Wächter S. 747 fg. Wenn Renaud a. a. O. auch in ſolchen Fällen, die unter jenes Prinzip fallen (wie z. B. wenn Jemand ein Gefäß von Bronze kauft, welches er für ein goldnes hält), nicht den Beweis des Irrthums für genügend hält, ſondern noch den weiteren Beweis verlangt, daß die Abſicht des Käufers gerade auf ein goldenes

Gefäß gerichtet gewesen sei, weil es einen großen Unterschied mache, ob er beabsichtigte, das bestimmte Etwas zu kaufen, und dabei nur von der irrigen Voraussetzung ausging, es sei golden, oder ob er beabsichtigte, ein goldenes Etwas zu kaufen: so ist zwar diese letztre Bemerkung gewiß richtig, aber den daraus gezogenen Konsequenzen kann man dennoch schwerlich beistimmen. Die wahre Bedeutung des von Savigny aus den einzelnen gesetzlichen Entscheidungen abstrahirten Prinzips ist nämlich gerade die, daß dadurch die Nothwendigkeit einer solchen Beweisführung für jeden einzelnen Fall beseitigt wird, indem dadurch eine Rechtsvermuthung für das Dasein oder Nichtdasein jener Absicht aufgestellt wird; und geht man von dieser Auffassung aus, so darf man in dem vorher beispielsweise angeführten Falle nicht mit Renaud dem Käufer den Beweis auflegen, daß er beabsichtigt habe, ein goldenes Etwas zu kaufen, sondern man kann nur dem Verkäufer den (Gegen-) Beweis nachlassen, daß die Absicht des Käufers gerade auf dieses bestimmte Etwas gerichtet gewesen sei. — Zur Erläuterung und zur Bewahrheitung jenes Grundsatzes sind insbesondere folgende gesetzliche Bestimmungen in's Auge zu fassen:

a) Wenn Jemand Geräthschaften von Bronze oder sonstigem unedlem Metall kauft, während er Gold oder Silber zu kaufen glaubt, so ist der ganze Vertrag nichtig, sollte das Geräth auch etwa plattirt sein, l. 9. §. 2. de contr. emt. (T. 2), l. 41. §. 1. eod:

> *Julian.* „Mensam argento coopertam [einen plattirten Tisch] mihi ignoranti pro solida [statt eines massiven] vendidisti imprudens, nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur".

Wenn aber das Gold oder Silber nur weniger fein — also mehr mit anderem Metall versetzt — ist, als der Käufer glaubt, so ist dieser Irrthum ohne Einfluß, l. 10. eod. (T. 2. a. E.), l. 14 eod:

> *Ulpian.* „Utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit [d. h. nicht etwa „vergoldet", sondern vielmehr „mit Gold versetzt"], licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet"

Wie hiermit l. 45. eod.:

> *Marcian.* „Labeo libro Posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor; ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit; quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit, praestet"

zu vereinigen sei, ist sehr bestritten. Der erste Theil der Stelle hat keine wahre Schwierigkeit, denn daß hier, obwohl ein offenbar nicht-wesentlicher Irrthum vorliegt, der Verkäufer dennoch Schadenersatz leisten muß, selbst wenn er nicht in dolo versirt, erklärt sich einfach daraus, weil in dem entschiedenen Falle, wie

aus dem ganzen Zusammenhange unzweifelhaft hervorgeht, ein Versprechen des Verkäufers vorlag, neue Kleider liefern zu wollen, wobei nur zu bemerken ist, daß ein solches Versprechen auch schon immer dann angenommen werden muß, wenn nur der Käufer seinen Willen, neue Kleider kaufen zu wollen, bestimmt ausgesprochen hat, sollte dann auch der Verkäufer diese Eigenschaft nicht ausdrücklich garantirt haben. — Dagegen erregen allerdings die Endworte Bedenken, theils, weil hier ein Fall, welcher nach den obigen Grundsätzen zum wesentlichen Irrthum gezählt werden muß — wenn ein messingenes Gefäß statt eines goldnen verkauft wird (über aurichalcum oder orichalcum vgl. *Averan.*, Interpr. jur. lib. I. c. 19) — auf ganz gleiche Linie mit einem Falle des unwesentlichen Irrthums gestellt wird, theils weil hier entschieden zu sein scheint, daß wirklich ein goldnes Gefäß gegeben werden müsse, während man doch nur eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze erwarten sollte. Savigny S. 295 fgg. will die letzterwähnte Schwierigkeit nach dem Vorgange von Cujacius dadurch beseitigen, daß er die Worte: ut aurum, quod vendidit, praestet nur von einer Entschädigung für das im Vertrage zugesagte Gold versteht (S. 296. Not k.); der ersten Schwierigkeit aber will er durch die Annahme ausweichen, daß wohl Marcian oder vielmehr Labeo, dessen Meinung Marcian hier referire, eben so wie Marcellus in l. 9. §. 2. de contr. emt. einen solchen Irrthum noch nicht für einen wesentlichen gehalten habe, indem diese neuere Theorie wohl erst durch Ulpian und Paulus allgemeine Geltung erlangt habe. — Viel künstlicher ist noch die Auslegung von *Averan.*, Interpr. jur. lib. I. c. 19, welcher folgenden Fall supponirt: es hat Jemand zwei ganz gleich aussehende Gefäße, von denen eines von Messing, das andre von Gold ist, die er aber beide für golden hält; Titius kauft eines davon, und bekommt, wie sich nachher entdeckt, das messingene; hier soll nun der Verkäufer angehalten werden, das andre, wirklich goldne, an den Käufer heraus zu geben. — Richelmann S. 67 fgg. endlich will dadurch helfen, daß er hier einen Verkauf von aurum *in genere* annimmt, während weder aurum noch aurichalcum in natura vorgelegen habe, eine Meinung, welche noch sehr unterstützt werden würde, wenn man mit Haloander, aber freilich, soviel uns bekannt, gegen alle Handschriften, statt *vas* aurichalcum lesen dürfte: *quis* aurichalcum. — Da nach Savigny's Ansicht doch immer ein ziemlich grobes Versehen der Kompilatoren angenommen werden müßte, durch die Auslegungen von Averan und Richelmann aber gar nicht erklärt wird, wie ein wesentlicher Irrthum einem unwesentlichen so ganz gleich habe gestellt werden können, so scheint mir folgende Annahme natürlicher. Die Stelle hat m. E. gar nicht den Zweck, die Wirkungen des Irrthums zu bestimmen, sondern den Juristen beschäftigt einfach die Frage, wofür der Verkäufer hafte, wenn er gewisse Eigenschaften der verkauften Sache besonders versprochen habe? In dieser Beziehung ist kein Unterschied zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum, denn mag der Vertrag nichtig sein oder nicht, so muß der Verkäufer doch stets wegen seines besondren Versprechens haften, und zwar, wenn er in bona fide ist, für den unmittelbaren, wenn er aber in mala fide versirte, auch noch für den mittelbaren Schaden. Die Worte: ut aurum, quod vendidit, praestet sind gewiß mit Cujacius und Savigny von der

Prästation des Interesses zu verstehen, und unter dieser Voraussetzung ist es keineswegs nothwendig, die Rechtsbeständigkeit des Vertrags anzunehmen, da auch im Falle eines nichtigen Geschäfts eine Klage auf das Interesse rechtlich möglich ist.

b) Wie es sich verhalte, wenn der Käufer sich in der Holzart irrt, z. B. wenn er einen Tisch von gewöhnlichem Holz kauft, während er Zitronenholz zu kaufen gedenkt, ist außerordentlich bestritten. Es hängt Alles von der Lesart der l. 21. §. 2. de act. emt. vend. (19, 1) ab. Nach der Florentina lautet die Stelle so:

> *Paul.* „Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum, et si venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt".

In einigen Manuskripten wird aber statt emtionem esse gelesen: emtionem *non* esse, und die Meinungen der Rechtslehrer über den Vorzug der einen oder der andren Lesart sind sehr getheilt; vgl. die Literatur bei Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 491, und bei Richelmann S. 62 fgg.; unter den Neuern sind z. B Hoffmann S. 118, Richelmann a. a. O., Fritz zu Wening Bd. II. S 288. und Kritz a. a. O. S. 355. für die Lesart der Vulgatmanuskripte, während z. B. Savigny S. 287 fgg. und Unterholzner I. S. 59. Not. i. sich für die Florentina erklären. Behalten wir das *non* bei, so muß der Irrthum über die Holzart als ein wesentlicher angesehen werden, während, wenn wir *non* weglassen, derselbe blos als ein außerwesentlicher erscheint. Ich halte die letztre Ansicht für die richtigere, denn nicht nur, daß schon der Gegensatz in den Worten: „quum in corpore consentiamus, in qualitate autem dissentiamus" uns zu dem Gedanken hintreibt, daß in den letztren Worten nur von außerwesentlichem Irrthum die Rede ist — ganz anders, als wenn es hieße: *etsi* in corpore etc. —, und daß auch die gewöhnliche Bedeutung von *qualitas* nur eine Hinweisung auf die Güte der Sache, also auf etwas beim Irrthum Außerwesentliches enthält: so verhält es sich auch bei verschiedenen Holzarten offenbar ganz anders, als bei dem Unterschied zwischen edlen und unedlen Metallen, und nur die falsche Vorstellung von dem Einfluß des s. g. error in substantia ist der Grund, weßhalb hier so Viele a. M. sind, vgl. bes. Savigny a. a. O. (Uebrigens muß in der l. 21. §. 2. cit. nothwendig vorausgesetzt werden, daß der Verkäufer einen Tisch von Zitronenholz versprochen hat, und zwar muß dieß vorausgesetzt werden, mag man im Uebrigen der einen oder andren Meinung folgen; denn da eine Schadensersatz-Klage auch in dem Falle zugesprochen wird, wenn der Verkäufer im Irrthum, also in bona fide ist [et si venditor quoque nesciat], so würde es dafür, ohne die Voraussetzung eines besondern Versprechens, an jedem Fundamente fehlen, indem weder der wesentliche noch der außerwesentliche Irrthum für sich allein eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz hervorbringen. Zwar scheinen die Worte: „quum in corpore consentiamus, *in qualitate autem dissentiamus*" die Annahme auszuschließen, daß hier ein Versprechen des Verkäufers voraus-

gesetzt werde — denn wenn der Verkäufer einen Tisch von Zitronenholz verspricht, und auch der Käufer einen solchen kaufen will und zu kaufen glaubt, so ist offenbar kein *dissensus* de qualitate vorhanden —, vgl. auch Windscheid, Voraussetzung S. 117 fg.; aber doch dürfte bei genauerer Betrachtung dieser Einwand nicht entscheidend sein. Daß nämlich Paulus im Fortgang der Stelle keinen eigentlichen *dissensus* de qualitate voraussetzt, geht mit Evidenz daraus hervor, daß er hier von einem *nesciens* venditor spricht, und darnach dürfte der Gedankengang des Juristen nur folgender sein: „Wenn wir auch den Grundsatz aufgestellt haben, daß ungeachtet eines bloßen dissensus de qualitate ein rechtsgültiger Kauf vorhanden ist, so darf dies doch nicht so aufgefaßt werden, daß das Nichtvorhandensein einer vom Käufer irrig angenommenen Qualität gar keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen könne; denn, wenn ich eine Sache von einer gewissen Qualität zu kaufen gedenke, und der Verkäufer mir eine solche zusagt, so muß mir derselbe dann, wenn die vorausgesetzte Qualität nicht vorhanden ist, immer für das Interesse haften, mag er dieses Nichtvorhandensein gewußt oder nicht gewußt haben". Daß auch das: „non esse *deceptum*" auf eine Zusage des Verkäufers dringend hindeutet, kann wohl kaum verkannt werden; und wenn man sich an das oben (S. 266) über stillschweigende Zusagen Bemerkte erinnert, so wird man auch in den Worten: „si mensas *quasi citreas* emat" leicht eine Hinweisung auf eine solche erkennen).

c) Wenn Jemand Essig statt Weines kauft, so ist der Vertrag nichtig, während wenn der Wein nur sauer geworden ist, der Vertrag bestehen bleibt, l. 9. §. 2. de contr. emt.

d) Wenn eine Sklavin statt eines Sklaven verkauft wird, oder umgekehrt, so ist der Vertrag nichtig, während der Verkauf zu Recht besteht, wenn der Käufer nur über die Jungfräulichkeit der Sklavin im Irrthum ist, l. 11. §. 1. de contr. emt.

Daß allen diesen Entscheidungen unser obiger Grundsatz zu Grunde liegt, bedarf keiner näheren Ausführung, und auch die Anwendung auf nicht besonders entschiedene Fälle hat keine wesentliche Schwierigkeit. So wird z. B. wenn bei einem erkauften Gefäße der Käufer blos über die Art des unedlen Metalls irrt, kein wesentlicher Irrthum angenommen werden können, während sich dies allerdings anders verhält, wenn rohe Metalle den Gegenstand des Vertrags bilden u. dgl. m. — Wo immer übrigens der Irrthum über Eigenschaften nach den bisherigen Grundsätzen als unwesentlicher erscheint, da ist er auch, rein als solcher betrachtet, ganz einflußlos, obwohl freilich möglicher Weise aus andren konkurrirenden Gründen Rescission des Geschäfts oder Entschädigungs-Klage statt finden kann, wie z. B. wenn besondere Eigenschaften versprochen sind, oder ein Dolus vorkommt, oder das Aedilitische Edikt wegen heimlicher Mängel oder Rescission wegen enormer Läsion anwendbar sind. Wenn jetzt Windscheid, Voraussetzung S. 116 fgg. in den Fällen außerwesentlichen Irrthums auch ohne solche konkurrirende Gründe lediglich „nach dem Rechte der Voraussetzung" dem Promissar die Befugniß einräumen will, eine Kontraktsklage auf Entschädigung anzustellen: so beruht diese Ansicht, deren Mißlichkeit und Gefährlichkeit Windscheid selbst nicht verkennt (S. 118 fg.) hauptsächlich auf den Aussprüchen von

Marcian und Paulus in l. 45. de contrah. emt. und l. 21. §. 2. de act. emt. vend.; aber es ist schon oben bei lit. a. und b. bemerkt worden, daß in beiden Stellen nothwendig ein Versprechen des Verkäufers vorausgesetzt werden muß, und dieselben also gewiß nicht geeignet sind, eine so bedenkliche Ansicht zu begründen. —

Wenn wir bisher nur den Fall in's Auge faßten, wenn der Promissar über Eigenschaften der Sache irrt, so ergeben sich daraus doch zugleich auch die Regeln für den Fall, wenn der Promittent im Irrthum ist. Ist nämlich der Irrthum desselben so beschaffen, daß er die wegzugebende Sache für besser hält, als sie ist, so kann dieser Irrthum begreiflich keinen Einfluß äußern, arg. l. 57. §. 2, l. 58. de contr. emt., l. 52. loc. (19, 2); im umgekehrten Falle aber muß nach denselben Grundsätzen, die vorher ermittelt wurden, zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum unterschieden, und in den Fällen der erstren Art ebenfalls Nichtigkeit des Geschäfts angenommen werden. Wenn der Promittent und der Promissarius im Irrthum sind, so tritt natürlich bei zweiseitigen Geschäften im Falle eines wesentlichen Irrthums stets Nichtigkeit ein, während dies bei einseitigen Geschäften dann nicht der Fall ist, wenn die Sache für werthvoller gehalten wird, als sie wirklich ist.

3) Wenn der Irrthum die Quantität des Objekts betrifft, so muß unterschieden werden:

a) Wenn gerade nur ein bestimmtes Quantum einer Sache Gegenstand des Vertrags ist, und es wird irrthümlich eine Sache von geringerer oder größerer Quantität hingegeben, so kann immer der Promittent mit der condictio indebiti das zuviel Gegebene zurückfordern, und der Acceptant mit der Kontraktsklage das Fehlende nachfordern, l. 18. §. 3. de dolo malo (4, 3), l. 5. §. 1. si mensor fals. mod. dixerit (11, 6), l. 26. §. 4—6. de cond. indeb. (12, 6). Hätte der Promittent gewußt, daß er mehr, als er versprochen, geleistet habe, so fällt natürlich die condictio weg.

b) Wenn ein gewisser Gegenstand veräußert wird, dessen Quantum irrig kleiner oder größer, als es wirklich war, angegeben ist, und der Preis ist nach den einzelnen, das Ganze bildenden Theilen bestimmt worden, so muß stets eine Erhöhung und resp. Ermäßigung des Preises eintreten, l. 40. §. 2. de contr. emt.

c) Wenn ein Gegenstand als solcher, als Ganzes und nicht nach den einzelnen Theilen veräußert worden ist, und der eine oder andere Kontrahent hält denselben für größer oder kleiner, als er wirklich ist, so ist der Irrthum nicht wesentlich, und das Rechtsgeschäft bleibt bestehen, ohne Unterschied, ob es ein einseitiges oder zweiseitiges ist. Ja, man muß hier weiter gehen, und aus begreiflichen Gründen einem solchen Irrthum jeden Einfluß absprechen, so daß also namentlich bei zweiseitigen Verträgen deßhalb keine Erhöhung oder Ermäßigung der Gegenleistung verlangt werden kann. Daß wegen andrer Grundsätze, die hier zufällig Anwendbarkeit finden, wie z. B. wenn eine laesio enormis, oder wenn ein Dolus vorgekommen ist, dem Betheiligten geholfen werden kann, versteht sich von selbst, und insbesondre gehört dahin auch, wenn eine bestimmte Größe des Objekts bei Abschluß des Vertrags angegeben worden

iſt, ein Fall, der ſich von dem bei a) angeführten weſentlich dadurch unterſcheidet, daß dort gerade nur das verſprochene Quantum das wahre Objekt der Obligation iſt, während hier die Sache ſelbſt Gegenſtand des Vertrags iſt, und die Angabe der Größe nur eine Garantie für den Promiſſar begründet. Hat nun in ſolchem Falle der Promittent weniger gegeben, als er zugeſichert, ſo kann der Promiſſar bei einſeitigen Verträgen das Intereſſe, bei zweiſeitigen eine verhältnißmäßige Minderung der Gegenleiſtung fordern, l. 69. §. 6. de evict. (21, 2), und dies findet ſelbſt dann Statt, wenn durch Zufall, z. B. durch Acceſſion, die übergebene Sache die zugeſicherte Größe wirklich erlangt hat, es müßte denn der Promittent durchaus in bona fide geweſen ſein, l. 13. §. 14. de act. emt. vend. (19, 1). Hätte der Promittent irrthümlich mehr gegeben, ſo findet eine Rückforderung ſo wenig Statt, daß z. B. der Verkäufer ſogar für Eviktion einſtehen muß, wenn ein Theil der verkauften Sache evinzirt wäre, und das dem Käufer Bleibende noch vollſtändig die zugeſicherte Größe hätte, l. 45. de evict. (21, 2). Wäre ein und derſelbe Vertrag über mehrere Sachen abgeſchloſſen, von denen die eine größer, die andre kleiner als die Zuſage iſt, ſo tritt Kompenſation ein, l. 42. de act. emt. vend. (19, 1), vgl. überhaupt Hoffmann S. 102 fgg., Richelmann S. 141 fgg.

4) Wenn der Irrthum das Rechtsverhältniß der Partheien zum Objekt betrifft (ſ. g. error in dominio), ſo hat der Irrthum als ſolcher auf den Vertrag ſchlechthin keinen Einfluß, ſondern derſelbe iſt ſtets als ein außerweſentlicher anzuſehen. Es ſind hier insbeſondere folgende Fälle zu unterſcheiden:

a) Der Promittent glaubt über eine eigne Sache zu pazisziren, während er in der That nicht Eigenthümer derſelben iſt. Sofern nur der Vertrag ſo beſchaffen iſt, daß er auch in Betreff einer res aliena Statt finden kann, ſofern alſo nicht ein Dare im ſtrengen Sinn d. W. zu ſeinem Weſen gehört, bleibt derſelbe ungeachtet des Irrthums in voller Rechtsgiltigkeit, vgl. z. B. l. 28, l. 34. §. 3. de contr. emt.

b) Der Promittent glaubt einen Vertrag über eine fremde Sache abzuſchließen, während es wirklich ſeine eigne iſt, z. B. ich verkaufe eine Sache, die in meinem Eigenthum iſt, während ich glaube, daß ſie dem X. gehöre. Einen Fall dieſer Art entſcheidet die vielbeſprochene l. 49. mandati (17, 1):

> *Marcell.* „Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem".

Alſo: ich beſitze in gutem Glauben einen Sklaven des Titius, und gebe dem Eigenthümer, der aber von ſeinem Eigenthume nichts weiß, den Auftrag, denſelben zu verkaufen, und dieſer verkauft ihn auch wirklich; wenn er nachher das

wahre Sachverhältniß erfährt, so bleibt er trotz seines Irrthums an den Verkauf gebunden („obstrictum emtori"), und kann auch nicht mit Wirksamkeit vindiziren, sondern nur wegen seines Interesses die Mandatsklage gegen mich anstellen. — Ueber die bestrittene Frage, ob in einem solchen Falle auch eine giltige Eigenthums-Uebertragung Statt finde s. die Erörterungen in Bd. I. §. 311. Anm. 3. S. 570 fgg., wo auch eine eingehende Auslegung der . 49. cit. gegeben ist.

c) Der Promissar glaubt, eine Sache des Promittenten zu empfangen, während er über seine eigne Sache pazisizirt. Hier versteht sich von selbst, daß der Vertrag nichtig ist, aber nicht wegen des Irrthums, sondern weil ein Essentiale des Vertrags fehlt, denn „neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest", l. 45. pr. de R. J., vgl. l. 15. depos. (16, 3), l. 16. pr. de contr. emt. (18, 1), l. 9. §. 6. locati (19, 2), l. 21, l. 33 §. 5. de usuc. (41, 3).

d) Der Promissar empfängt wirklich eine Sache des Promittenten, während er glaubte, sie gehöre einem Dritten. Auch dieser Irrthum ist unwesentlich, und der Vertrag ist vollkommen rechtsgiltig, denn, wie es hier heißt, „plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimat, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur", l. 9. §. 4. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 4. §. 1. de manum. vind. (40, 2).

III. Betrifft der Irrthum die Person des andern Paziszenten, so kann dies entweder ein Irrthum über die Identität, oder nur ein Irrthum über die Eigenschaften derselben sein. Im erstren Falle muß der Regel nach Nichtigkeit des Vertrags angenommen werden, l. 32. de R. C. (12, 1) [„nullum negotium mecum contraxisti — —, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest"], l. 52. §. 21, l. 66. §. 4. de furt. (47, 2), was nur die sich von selbst verstehende Ausnahme leidet, wenn in einem konkreten Falle der Konsens durch einen solchen Irrthum gar nicht gehindert erscheint, vgl. Richelmann S. 23 fgg. (wo auch die verschiedenen Ansichten zusammengestellt sind), vgl. Savigny S. 269 fgg. — Irrthum über die Eigenschaften des andren Kontrahenten kann dagegen begreiflich nur insofern in Betracht kommen, als die putative Qualität auf die vertragsmäßige Leistung selbst einen Einfluß äußert, was namentlich bei obligationes in faciendo leicht der Fall sein kann; und darnach müssen denn bei der Frage, ob ein solcher Irrthum wesentlich sei oder nicht, ganz die Grundsätze entscheiden, welche oben für den Irrthum in Betreff der Eigenschaften des Objekts aufgestellt worden sind. Würde nämlich die vertragsmäßige Leistung wegen Mangels der irrig angenommenen Qualität eine wesentlich andre, so muß der Irrthum als ein wesentlicher angesehen werden; würde aber die Leistung nur weniger gut, so muß dem Irrthum als solchem alle Wirksamkeit abgesprochen werden, obwohl begreiflich aus andren konkurrirenden Gründen (besonderes Versprechen, Dolus u. dgl.) für den Irrenden eine Rechtshilfe möglich werden kann. Etwas abweichend ist Wächter S. 747. Not. 11; s. auch noch Windscheid, Lehrb. §. 76. Not. 6. und dazu Erner, Rechtserwerb durch Tradition S. 279 fg. Not. 88.

IV. Wenden wir uns schließlich noch zu dem Falle, wenn ein Irrthum in den Beweggründen vorkommt, so leuchtet von selbst ein, daß in allen bisher aufgestellten Fällen des Irrthums zugleich ein irriger Beweggrund vorhanden ist, und wir haben also hier nur den Fall noch besonders in's Auge zu fassen, wo gerade nur in den Beweggründen geirrt wird, d. h. wo der Irrthum schlechthin nicht den Inhalt der Willenserklärung, sondern nur solche Umstände betrifft, die blos auf die Entstehung des Willens von Einfluß sind. Wir haben also an Fälle zu denken, in denen sich Jemand durch einen irrig angenommenen Umstand zu einer Willenserklärung bestimmen läßt, deren Inhalt er sich vollkommen richtig vorgestellt hat; vgl. auch Christiansen a. a. O. S. 53 fgg. Hat nun schon die ganze obige Darstellung den Beweis geliefert, daß das römische Recht in nicht wenigen Fällen selbst dann den Irrthum für unwesentlich und einflußlos erklärt, wenn derselbe nicht blos als Motiv der Willenserklärung erscheint, sondern selbst den Inhalt derselben betrifft, so wird schon dies die Ueberzeugung begründen müssen, daß ein Irrthum, welcher nur in Betreff der Beweggründe vorkommt, jedenfalls unberücksichtigt bleiben muß, und dazu kommt noch, daß eine Gesetzgebung, welche von andren Prinzipien ausgehen wollte, alle Sicherheit und Festigkeit des Vertrags-Verkehrs geradezu vernichten würde. Wirklich ist denn auch im römischen Rechte mehrfach bestimmt ausgesprochen, daß der Irrthum in den Motiven nicht zu beachten sei, vgl. z. B.

3. §. 7. de cond. causa data (12, 4):

> *Ulp.* „— — qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, *repetere non posse opinione falsa deceptum*“,

l. 65. §. 2. de cond. indeb. (12, 6):

> *Paul.* „Id quoque, quod ob causam datur, puta, quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, *quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*“,

l. 52. eod., l. 18. §. 3, l. 38. de dolo (4, 3), l. 49. mandati (17, 1), l. 34. pr. de contr. emt. (18, 1). Nur, wenn Jemand in der Meinung einer rechtlichen Verbindlichkeit ein Versprechen ablegt, kann er nicht nur die condictio indebiti auf Liberirung anstellen, sondern auch sich einer exceptio bedienen, l. 5. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), eine Ausnahme, die sich daraus erklärt, daß hier doch die causa in einem juristischen Zusammenhang mit der Willenserklärung steht, vgl. auch Christiansen a. a. O. S. 61 fgg., Sintenis II. S. 300 fgg. Anm. 37, Errleben, cond. indeb. S. 38 fgg. Daß übrigens dann, wenn durch den Dolus des Andren irrige Beweggründe erzeugt oder doch benutzt werden, Rechtsmittel ex capite doli eintreten, ist nicht allein nicht im Widerspruch mit unsrem Grundsatz, sondern dient wesentlich dazu, ihn zu bestätigen. Diese richtige Ansicht ist denn auch h. z. T. fast allgemein angenommen, und unter den neueren Juristen hat insbesondre nur Valett die entgegengesetzte Meinung in Schutz genommen, aber aus sehr schwachen Gründen. Er beruft sich nämlich theils auf die Analogie der Grundsätze über den Irrthum bei Testamenten, was augenscheinlich unpassend ist, da bei Testamenten der Natur der Sache nach ganz andre Grundsätze gelten müssen,

als bei Verträgen, theils auf einige nichts beweisende Stellen, wie namentlich auf l. 9. pr. und l. 58. de contr. emt. (18, 1). In der ersten Stelle ist nur gesagt, was auch Niemand bezweifelt, daß nicht blos Irrthum über das Geschäft und über das Pretium, sondern auch noch anderweiter Irrthum wesentlich sei — wo dann Valett ganz willkührlich den Irrthum über Beweggründe subintelligirt —, und in der zweiten Stelle ist von einem Irrthum über die Existenz der Sache die Rede (s. oben II. 1. S. 262). Vgl. auch Thibaut a. a. O. S. 114 fgg., Richelmann S. 36 fgg., Fritz S. 296 fgg., Savigny S. 112 fgg. S. 354 fgg., Arndts §. 237 geg. E., Wächter S. 754 fgg., Unger §. 81, Windscheid I. §. 78.

bb) Des Betrugs und Zwangs. [§. 605.

Die Quellen s. oben bei 82. 84 und §. 185. — *Noodt*, de forma emendandi doli mali, in opp. I. p. 350 sqq., *Nettelbladt*, de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu. Hal. 1744. (auch in Ejusd. Exerc. acad. Nr. 3.), Braun, vom Betrug in Verträgen, in den Erlang. gel. Anz. Jahrg. 1752. Nr. V., Gmelin, von den Folgen des Betrugs bei Verträgen, in den gemeinnützigen jur. Beobacht. und Rechtsfällen. Bd. II. Nr. 13, Glück IV. S. 108 fgg., *Neustetel*, bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818, Valett, theor. prakt. Abh. Nr. 2, Burchardi, Wiedereins. in den vorigen Stand S. 323 fgg., Koch II. S. 102 fgg., Unterholzner I. S. 79 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift V. S. 205 fgg., *Molitor* I. p. 149 sqq., Wächter, Würt. Privatr. II. S. 755 fgg., Unger, östreich. Privatr. I. §. 81. — *Gundling*, de efficientia metus tum in promissionib. liberar. gentium, tum etiam hominum privatorum. Hal. 1711. (auch in Exerc. acad. tom. II. nr. 2.), *Rudolph*, de effectu metus in pactis et contractibus. Erl. 1760, Breuning in Siebenkees jurist. Mag. II. 7, Glück IV. S. 167 fgg., V. S. 468 fgg., Werner, die Rechtslehre von der Verbindlichkeit des erzwungenen Willens. Frankfurt 1817, Burchardi a. a. O. S. 351 fgg., Koch II. S. 87 fgg., Unterholzner a. a. O., Roßhirt a. a. O., Kritz Rechtsf. V. 1, *Molitor* I. p. 158 sqq., Wächter S. 761 fgg., Unger §. 80, Schliemann, die Lehre vom Zwange. Rost. 1861.

Anm. 1. Was zunächst den Einfluß des Betrugs auf Verträge anbelangt, so versteht es sich ganz von selbst, daß, wenn der Irrthum, welcher durch den Betrüger hervorgerufen oder benutzt worden ist, nach den im vorigen §en

dargeſtellten Grundſätzen über Irrthum, als ein wesentlicher erſcheint, der Vertrag ſtets nichtig iſt, und die dagegen bisweilen erhobenen Einwendungen (vgl. z. B. Burchardi a. a. O. S. 338) müſſen als völlig unerheblich angeſehen werden, da ja im Falle eines weſentlichen Irrthums entweder wirklich ein consensus gar nicht vorhanden iſt, oder doch von den Geſetzen als nicht vorhanden angenommen wird, und ohne consensus kein Vertrag beſtehen kann; und von ſelbſt geht daraus auch weiter hervor, daß in ſolchen Fällen ganz gleichgiltig ſein muß, ob der Betrug von einem Kontrahenten ſelbſt, oder von einem Dritten ausgegangen iſt. Soll alſo von einem beſondren Einfluſſe des Dolus geſprochen werden, ſo kann nur an ſolche Fälle gedacht werden, in welchen der Irrthum, den der Betrüger böslich erzeugt oder benutzt hat, an und für ſich nur als außerweſentlicher angeſehen werden könnte, und hiervon allein wird alſo in dem Folgenden die Rede ſein.

I. Wenn ein Betrug bei einem contractus *stricti juris* vorkommt, ſo iſt es für dieſen Fall ganz unzweifelhaft, daß weder der Vertrag nichtig iſt, noch auch die Kontraktsklage deßhalb angeſtellt werden kann, ſondern der Betrogene kann ſich hier nur mittelſt der actio oder exceptio doli helfen, ſ. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. Nur, wenn dem Kontrakte die clausula doli zugefügt war, konnte natürlich die actio ex stipulatu gebraucht werden, l. 7. §. 3. de dol. mal. (4, 3), l. 31. de rec. arb. C. 4, 8), l. 4. §. 16. de doli exc. (44, 4), l. 19. rem ratam (46, 8), *Kaemmerer*, de clausula doli mali in contractibus. Heidelb. 1808. p. 88 sqq.

II. Macht ſich dagegen ein Kontrahent bei Eingehung eines contractus *bonae fidei* eines Betrugs ſchuldig, ſo ſoll nach der früher herſchenden Lehre zwiſchen einem dolus *causam dans* und einem dolus *incidens* unterſchieden, und im erſtren Falle Nichtigkeit des Vertrags, im andren aber Anſpruch auf Entſchädigung Statt finden, vgl. Glück IV. S. 113 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Valett a. a. O., Thibaut, Syſt. §. 452. u. A. m. Doch wurde auch häufig jener Unterſchied verworfen, und allgemein Nichtigkeit des Vertrags angenommen, eine Meinung, die beſonders von *Noodt* cit. vertheidigt, und dann von vielen Späteren adoptirt wurde, vgl. z. B. die bei Glück IV. S. 116. Not. 8. Zitirten. Gewiß mit Recht erklären ſich aber die meiſten Neueren, beſonders nach dem Vorgange von *Neustetel* cit. gegen dieſe Anſichten, indem ſie vielmehr von dem Grundſatze ausgehen, daß auch ein contractus bonae fidei durch einen dabei vorkommenden Dolus niemals vernichtet wird, ſondern dem Betrogenen ſtets nur dem Betrüger gegenüber ein Anſpruch auf Schadloshaltung zuſteht, ein Anſpruch, welcher durch die Kontraktsklage geltend gemacht wird, vgl. z. B. außer *Neustetel* cit. auch noch Burchardi a. a. O., Koch a. a. O., Wening, Lehrb. §. 228, Mühlenbruch, Lehrb. §. 337, Göſchen, Vorleſ. §. 85, Puchta, Pand. §. 57, Sintenis I. S. 193 fg. II. S. 294 fg., Arndts, §. 237, *Molitor* I. p. 151. suiv., Wächter S. 756 fgg., Unger I. §. 81. Not. 10, Windſcheid I. §. 78 u. A. m.. Was der Betrogene vermittelſt dieſer Klage erlange, muß natürlich nach Verſchiedenheit der Fälle verſchieden beſtimmt werden; würde er ohne den Betrug das Geſchäft gar nicht abgeſchloſſen haben iſt daſſelbe alſo nach dem wahren Sachverhalt gänzlich ohne Intereſſe für ihn,

so ist es konsequent, daß durch die Kontraktsklage die Resziſſion des Vertrags herbeigeführt wird, vgl. z. B. l. 11. §. 5. de act. emt. vend. (19, 1).

Ulp. „Si quis virginem se emere putasset, quum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, *verum tamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur*“;

betrifft aber der Betrug nur die Modalitäten des Geschäfts, so kann nur Entschädigung verlangt werden, vgl. z. B. l. 13. §. 4 eod.:

Ulp. „Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, *emti eum judicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset,* si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus“;

und in diesem Sinne und mit diesen Wirkungen muß gewiß der Natur der Sache und den Gesetzen nach zwischen einem s. g. dolus causam dans und dolus incidens unterschieden werden, vgl. auch l. 12. §. 1. de jure dot. (23, 3). Daß aber wirklich sowohl im Falle eines dolus causam dans, als eines dolus incidens der Vertrag an und für sich zu Recht besteht, dafür spricht schon die allgemeine Betrachtung, daß doch in der That ungeachtet des auf den Willen einwirkenden Dolus, ein wirklicher Wille, also ein vertragsmäßiger consensus vorhanden ist, v. Savigny, Syst. III. S. 112 fgg., und daß diese Ansicht auch allein den Gesetzen angemessen ist, geht aus den zahlreichen Ausspüchen hervor, wornach wegen eines Dolus eine Kontraktsklage angestellt wird, und zwar nicht etwa blos auf Entschädigung (vgl. z. B. l. 9. de dol. malo (4, 3), l. 43. §. 2, l. 68. §. 1. 2. de contr. emt (18, 1), l. 4. pr., l. 6. §. 9, l. 13. §. 4. 5, l. 30. §. 1. de act. emt. vend.), sondern auch auf Umstoßung des ganzen Geschäfts l. 11. §. 5. de act. emt. vend., l. 5. 8. 10. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distr. pign. (8, 28), vgl. l. 1. §. 9, l. 4. §. 4. de aed. edicto (21, 1), l. 23. loc. cond. (19, 2). Von dem Letztren kann nämlich offenbar nur in den Fällen des s. g. dolus causam dans die Rede sein, also gerade in den Fällen, in welchen nach der gegnerischen Theorie Nichtigkeit des Vertrags angenommen werden müßte; daß aber aus einem nichtigen Vertrage eine Kontraktsfrage auf Resziſſion angestellt werden könne, ist zwar oft behauptet worden, aber offenbar ohne allen Grund, vgl. dagegen bes. *Neustetel* cit. p. 7. sqq., Valett a. a. O. S. 109 fgg, Burchardi a. a. O. S. 327 fgg. — Noch sind hier mehrere Punkte im Einzelnen hervorzuheben:

1) Die Vertheidiger der Nullität berufen sich vorzugsweise auf die bekannte Regel des römischen Rechts: exceptio doli inest judiciis bonae fidei, oder: officio judicis continetur in judiciis bonae fidei et dolum spectare, d. h. bei judicia bonae fidei braucht man nicht schon bei dem magistratus sich auf den dolus zu berufen, um eine exceptio doli in die formula inserirt zu erhalten, sondern es genügt, wenn man nur nachher bei dem judex den dolus des Klägers beweis't. In dieser Regel glaubt man aber insofern eine Stütze für die hier bekämpfte Theorie zu finden, weil man dieselbe nicht anders, als aus der angeblichen Nullität des betrüglich abgeschlossenen negotium bonae fidei

erklären zu können glaubt. Daß aber diese Erklärung völlig unhaltbar ist, geht schon einfach daraus hervor, daß jene Regel nicht etwa nur bei der s. g. exceptio doli specialis, sondern vielmehr bei der exc. doli *generalis* eintritt, und man also konsequent den Satz aufstellen müßte „in allen Fällen, in denen es bei einem negotium stricti juris einer Einrede bedarf, wird das negotium bonae fidei ipso jure annullirt", ein Satz, der gewiß keiner besondren Widerlegung bedürftig ist. Der wahre Grund jener Regel, welchen man h. z. T. wohl auch nicht mehr verkennt, liegt vielmehr darin, weil bei einem judicium bonae fidei die Instruktion für den judex viel freier konzipirt wurde, als bei einem judicium stricti juris, und er deßhalb auch solche Umstände berücksichtigen konnte und mußte, die nicht speziell in der formula aufgeführt waren.

2) Gegen die Nullität spricht auch, daß eine aus arglistig abgeschlossenem contractus bonae fidei entstandene Forderung wirksam novirt werden kann, l. 19. de novat. (46, 2), Cic. de off. III. 14, Cons. vet. JCti IX. 9, so wie auch dagegen noch angeführt werden kann, daß doch unzweifelhaft, wie auch von den Gegnern eingeräumt wird, der Betrüger selbst an den Kontrakt gebunden ist, wenn ihn der Betrogene bestehen lassen will, vgl. auch l. 13. §. 27. 28. de act. emt. vend. (19, 1), l. 30. C. de transact. (2, 4), was mit eigentlicher Nullität nicht wohl verträglich erscheint.

3) Wir haben die bestimmte Vorschrift, daß wenn Jemand betrüglich eine Sache erkauft hat, er das Eigenthum daran erwirbt, und wenn er sie weiter an einen Andern veräußert, dem Verkäufer gegen diesen Dritten keine vindicatio zusteht, l. 10. C. de resc. vend.:

> *Dioclet.* et *Maximian.* „Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit";

vgl. hierüber Glück IV. S. 137 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Schöman, Hdb. II. S. 97 fgg., Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcoll. der Univ. Heidelb. Bd. I. S. 301 fgg., *Neustetel* cit. p. 27 sqq., Gesterding, Irrthümer S. 55 fgg., *Friderici*, de vindicatione rei dolo substractae adv. tertium b. f. possessorem. Lips. 1819, *Uhlig*, quando dolus in contractibus obveniens transitum dominii impediat? Lips. 1821. Jene Stelle mit den meisten Vertheidigern des Nullitäts-Systems blos von einem dolus *incidens* zu verstehen, oder dabei zu supponiren, daß zu dem Verkauf noch eine Stipulation, also ein contractus stricti juris hinzugetreten sei, vgl. Glück a. a. O. und die dort Not. 69 u. 71 Angeff., *Friderici* und *Uhlig* citt., ist augenscheinlich unzulässig, und eben so wenig kann man der Argumentation derjenigen beitreten, die zwar Nichtigkeit des Vertrags, aber Giltigkeit der Eigenthums-Uebertragung annehmen, weil hier ja doch animus dominii transferendi und acquirendi vorhanden sei, vgl. die bei Glück Not. 60. Angeff., und dazu noch bes. Martin und Gesterding citt.; denn dafür, daß die Tradition auch dann Eigenthum übertrage, wenn sie in Folge eines nichtigen Geschäfts geschieht, dessen Nichtigkeit dem Empfänger bekannt ist, gibt

es keine gesetzlichen Belege, vgl. vielmehr l. 5. §. 18, l. 36, l. 48. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 43. pr. de furt. (47, 2), l. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. (5, 71), arg. l. 39. §. 1, l. 40. de R. V. (6, 1); vgl. auch unten §. 625. Anm. 1. bei III. Die ganze Schwierigkeit hebt sich einfach dadurch, daß nach der richtigeren Ansicht der Vertrag ungeachtet des dolus vollkommen rechtsbeständig ist, und nur entsprechende Rechtsmittel wegen des Interesse gegen den Betrüger zuständig sind.

4) Die Gesetze, welche die Vertheidiger der Nullität für sich anführen, sind zum Theil nicht ohne Schein. Vor allen Dingen stützt sich nämlich diese Theorie auf die viel besprochene l. 7. pr. de dol. mal. (4, 3):

> *Ulp.* „Et eleganter Pomponius haec verba: ***si alia actio non sit***, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro IV. scribit, si minor annis XXV consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem, nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere“;

vgl. die vielen bei Glück IV. S. 115 fgg. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. I. p. 511 sqq. Angeff., und dazu *Neustetel* cit. p. 37 sqq., Valett a. a. O. S. 69 fgg., Burchardi a. a. O. S. 343 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 349 fgg. Die zahlreichen, oft recht wunderlichen, Emendations- und Interpretations-Versuche näher anzuführen, ist hier der Ort nicht, und ich muß mich darauf beschränken, meine eigene Ansicht anzudeuten. Bei Julian fand sich die Entscheidung, daß, wenn ein Minderjähriger, durch seinen Sklaven verlockt, denselben sammt seinem Pekulium verkauft habe, und derselbe von dem Käufer manumittirt worden sei, die actio doli gegen den Freigelassenen statthaft sei; und Ulpian untersucht nun in der vorliegenden Stelle, ob diese Entscheidung mit der Subsidiarität der actio doli im Einklang stehe. Man müsse, so lautet sein Urtheil, bei Julian nur supponiren, daß nicht der Käufer auch in dolo versire, indem sonst die actio venditi gegen ihn statthaft, und also die actio doli gegen den Freigelassenen ausgeschlossen sei, oder daß der Verkauf nichtig sei, ***si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.*** Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß diese Worte so obenhin betrachtet, eine äußerst scheinbare Stütze für die Theorie bilden, daß ein dolus causam dans den Vertrag vernichte; aber dieser Schein verschwindet bei genauerer Betrachtung vollständig. Es muß nämlich bei jenen Worten nothwendig vorausgesetzt werden, daß der Betrug schlechthin nicht von dem Käufer, sondern ausschließlich von dem verkauften Sklaven ausgegangen ist; denn wenn der Käufer selbst an dem Betruge Theil genommen hätte, und der Verkauf deßhalb nichtig wäre, so wäre auch die Eigenthums-Uebertragung (s. die vorhergehende Bemerkung bei Nr. 3.), und folgeweise auch die Manumission von Seiten des

Scheinkäufers nichtig, und von einer actio doli gegen den Manumissus könnte also keine Rede sein; und selbst wenn man in solchem Falle eine Eigenthums-Uebertragung und Giltigkeit der Freilassung annehmen dürfe, so wäre doch jedenfalls eine *condictio* gegen den betrügerischen Käufer zulässig, und also doch die actio doli gegen den Freigelassenen ausgeschlossen. Allerdings hat sich Ulpian nicht scharf genug ausgedrückt, indem er den Gegensatz zu stellen scheint: „carere dolo emtorem — —, *aut* venditionem nullam esse“ und so den Gedanken provozirt, daß in dem letztren Falle der Käufer an dem Dolus des Sklaven partizipire; aber man darf sich durch diesen Schein nicht täuschen lassen, sondern in beiden Fällen wird vorausgesetzt: carere dolo emtorem, und der wahre, wenn auch von Ulpian nicht bestimmt genug hervorgehobene Gegensatz ist vielmehr der: „mag nun der Verkauf selbst giltig, aber wegen des mangelnden dolus des Käufers die actio venditi ausgeschlossen sein, oder mag der Verkauf nichtig sein, si in hoc ipso etc.“ Muß man nun aber zugeben, daß bei den Worten: nullam esse venditionem, nothwendig ein ausschließlicher Betrug des Sklaven, also eines dritten Nichtpaziszenten vorausgesetzt werde, so hat die Stelle alle Bedeutung für die Vertheidiger des Nullitäts-Systems verloren, denn dieses geht schlechthin nur darauf, daß der dolus causam dans eines Kontrahenten den Vertrag vernichte, und Alle nehmen einstimmig — und offenbar mit größtem Rechte, s. auch unten Nr. 6. — an, daß der Dolus eines Nichtpaziszenten an und für sich niemals den Vertrag vernichten könne. So kann denn auch in unsrem Falle die Nichtigkeit des Vertrags unmöglich wegen eines s. g. dolus causam dans angenommen werden, sondern offenbar nur deßwegen, weil der Verkäufer durch den Betrug des Sklaven in einen wesentlichen Irrthum versetzt, und dadurch zu dem Verkaufe induzirt war. Der Gedanke Ulpian's würde hiernach einfach der sein: Julian hat bei seiner Entscheidung ganz Recht, wenn wir nur supponiren, daß die actio venditi wegen nicht vorhandenen dolus des Käufers ausgeschlossen ist, oder von dieser Klage wegen Nichtigkeit des Vertrags keine Rede sein kann, wenn nämlich der Sklave durch Erzeugung wesentlichen Irrthums seinen Herrn zur Eingehung desselben bestimmte. In keinem Falle kann also die Theorie, daß der dolus causam dans, dessen sich ein Kontrahent gegen den Andren schuldig mache, den Vertrag vernichte, aus dieser Stelle einen Beweisgrund entnehmen. — Außer l. 7. pr. de dolo malo führen die Vertheidiger des Nullitäts-Systems auch noch für sich an l. 16. §. 1. de minor. (4, 4):

> *Ulp.* „Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, *nullam esse societatem nec inter majores quidem*, et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit, satis enim ipso jure munitus est“,

und l. 3. §. 3. pro socio (17, 2):

> *Paul.* „Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo“.

Aus diesen Stellen läßt sich aber höchstens für die Sozietät die Nichtigkeit wegen dolus ableiten, und eine solche Ausnahme würde in dem besondren Charakter dieses Vertrags, der ja auch manche andre Eigenheiten hat, seine

genügende Erklärung finden, vgl. *Neustetel* cit. p. 50 sqq., aber selbst diese Annahme ist nicht nothwendig, indem jene Stellen auch recht gut so ausgelegt werden können, daß darin nur eine zivilrechtliche Unwirksamkeit der betrüglich abgeschlossenen Sozietät ausgesprochen, und damit erklärt werden soll, daß es keiner prätorischen Hülfe, namentlich keiner in integrum restitutio bedürfe, vgl. auch Burchardi a. a. O. S. 335 fgg. — Wenn sich endlich die Vertheidiger der Nullität auch noch auf l. 1. und l. 5. C. de resc. vend. (4, 44), zu berufen pflegen, so ist dies, was die erste Stelle anbelangt, nur dann möglich, wenn man ausschließlich die aus dem Zusammenhange herausgerissenen Worte: *„malae fidei enim emtio irrita est“* in's Auge faßt, denn in ihrem vollen Zusammenhange sagt die Stelle vielmehr, daß ein erzwungenes Kaufgeschäft rescindirt werden könne. Was aber die l. 5. cit. anbelangt, so spricht sie ebenfalls so deutlich, wie möglich, von einer Rescission („praeses — — rescindi venditionem jubebit“), und ist also vielmehr eine nicht unwichtige Belegstelle für die richtigere Theorie.

5) Haben beide Kontrahenten sich gegen einander eines Dolus schuldig gemacht, so tritt gleichsam eine Kompensation des dolus ein, l. 8. §. 3. de eo per quem factum erit (2, 10), l. 57. §. 3. de contr. emt. (18, 1) und keiner von Beiden kann wirksam gegen den Andern klagen, l. 36. de dolo malo (4, 3), indem der exceptio doli keine replicatio doli entgegengesetzt werden kann l. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. (44, 4), l. 154. de R. J. Ist also der Vertrag noch nicht erfüllt, so kann kein Paziszent gegen den andren auf Erfüllung klagen, l. 34. §. 3., l. 57. §. 3. de contr. (18, 1), während im umgekehrten Falle Keiner von dem Andren Entschädigung ex capite doli in Anspruch nehmen kann, l. 4. §. 13. de doli mali et met. exc. l. 154. de R. J.

6) Geht der Betrug nicht von dem Kontrahenten, sondern von einem Dritten aus, so muß unterschieden werden, ob der Irrthum, welchen der Betrüger erregt hat, ein wesentlicher ist oder nicht. Im erstren Falle ist begreiflich der Vertrag ex capite erroris nichtig, und wenn dadurch allein der Schaden des Betrogenen nicht aufgehoben wird, so findet auch noch die actio doli gegen den Betrüger Statt, l. 7. pr. de dol. mal. (4, 3). Im zweiten Falle bleibt der Kontrakt stets giltig, und der Betrogene kann nur die actio doli gegen den Betrüger anstellen, l. 8. de dol. mal. (4, 3), l. 2. de proxenet. (50, 14), wenn nicht ausnahmsweise die Umstände so sind, daß der Schaden durch eine Kontraktsklage gegen den andren Kontrahenten gehoben wird, l. 18. §. 3. de dol. mal. (4, 3), l. 3. §. 2. 3. si mensor. fals. mod. dix. (11, 6). Daß auch ohnedies dann, wenn der Betrüger insolvend sei, der Betrogene auf in integrum restitutio gegen den andren Kontrahenten Anspruch habe, wie z. B. Glück IV. S. 135 fg. und die dort in Not. 58 Angeführten und theilweise selbst Savigny, Syst. VII. S. 201. 208 fg. behaupten, ist völlig grundlos s. auch Wächter S. 760 fg. Not. 9 und wo möglich noch willkürlicher ist die Behauptung von *Leyser*, Sp. 59. med. 4. und Sp. 296. med. 9., daß sogar der Kontrakt nichtig sei, wenn der Betrug des Dritten die Veranlassung dazu gegeben, und dem Betrogenen dabei keine Schuld beigemessen werden könne.

Anm. 2. Dieselben Irrthümer, die in der vorigen Anm. in Betreff des Dolus bekämpft werden mußten, kehren auch in Betreff des Metus wieder

und namentlich iſt es eine ſehr verbreitete Anſicht, daß der ſ. g. metus causam dans einen contractus bonae fidei nichtig mache, vgl. z. B. die vielen bei Glück IV. S. 177. Not. 60. Angeführten, Thibaut Syſt. §. 455. u. A. m. Es iſt dies aber gewiß irrig, und auch im Falle eines Metus müſſen wir vielmehr von dem Grundſatze ausgehen, daß der unrechtmäßig erzwungene contractus bonae fidei eben ſo wie ein erzwungener contractus stricti juris an und für ſich zu Recht beſteht, und nur durch entſprechende Rechtsmittel (Kontraktsklage, actio quod metus causa, exceptio metus, in integrum restitutio propter metum) aller Nachtheil von dem Gezwungenen entfernt wird, vgl. auch die bei Glück a. a. O. Genannten, und unter den Neueren z. B. Batz, Abhandl. S. 214 fgg., Burchardi a. a. O. S. 351 fgg., Wening §. 227., Mühlenbruch §. 336., Göſchen §. 84., Puchta §. 56, Koch a. a. O. Sintenis I. S. 190 fgg. II. S. 293 fg., Arndts §. 237, *Molitor*, Wächter, Unger a. b. aa. OO., Windſcheid, Lehrb. I. §. 80, Erner, Rechterwerb durch Tradition S. 254. fgg. u. A. m. (vgl. die dogmenſchichtliche Darſtellung von Schliemann a. a. O. §. 17 S. 179 fgg.) u. A. m. Doch kommt allerdings der weſentliche Unterſchied zwiſchen dolus und metus vor, daß die Rechtsmittel wegen Dolus ſtets nur gegen den Betrüger ſelbſt und deſſen Succeſſoren, die Rechtsmittel wegen Metus aber auch gegen Dritte in Anwendung gebracht werden können, daß alſo der Dolus nur *in personam*, der Metus aber *in rem* wirkt l. 9. §. 1. 8., l. 10. pr. quod met. causa (4, 2). Daß aber wirklich der Metus keine Nichtigkeit des Geſchäfts begründet, geht ſchon daraus hervor, daß die Römer entſchieden von dem Gedanken ausgehen, daß der ſ. g. kompulſive Zwang die Freiheit des Willens zwar wohl beſchränke, aber keineswegs aufhebe, daß alſo trotz deſſelben doch immer ein wahrer Wille, und alſo auch ein wirklicher Kontrakt vorhanden ſei, l. 21 §. 5. quod met. causa (4, 2):

> *Paul.* „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, *tamen coactus volui;* sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur,“

l. 22. de R. N. (23, 2):

> *Cels.* „Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, *contraxit tamen matrimonium*, quod inter invitos non contrahitur, *maluisse hoc videtur*,“

vgl. v. Savigny III. S. 101 fgg., und ganz in Uebereinſtimmung hiermit wird von Paulus in l. 21. §. 4. quod met. causa (4, 2), ſehr beſtimmt ausgeſprochen, ein erzwungener ſ. g. mutuus dissensus ſei keineswegs nichtig, ſondern hebe wirklich die Obligation auf, weßhalb man ſich der actio quod metus causa bedienen müſſe. Endlich wird auch in zahlreichen Konſtitutionen darauf hingewieſen, daß im Falle eines erzwungenen contractus bonae fidei bei dem Richter auf Reſziſſion des Geſchäfts angetragen werden müſſe, und in mehreren derſelben werden ausdrücklich als die zu dieſem Zwecke zu gebrauchenden Rechtsmittel die Kontraktsklagen, die actio quod metus causa und die in integrum restitutio angeführt, Rechtsmittel, von denen begreiflich keine Rede ſein könnte, wenn wirklich der Vertrag durch den dabei vorkommenden Zwang

vernichtet wäre, vgl. l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 3. 4. 5. 7. 8. 11. 12. C. de his quae vi (2, 20), l. 1. 8. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distract. pign. (8, 28). Gegen diese bestimmten Zeugnisse können die Gesetze, auf welche sich die Gegner zu stützen pflegen, in keinen ernstlichen Betracht kommen. Was die l. 116. pr. de R. J.

> *Ulp.* „Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei negotia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est"

anbelangt, so ist der vage Ausspruch dieser Stelle offenbar nicht geeignet, die Nichtigkeit des erzwungenen Geschäfts zu beweisen, sondern es geht daraus nur die Wirkungslosigkeit desselben hervor. Bestimmter drückt sich freilich die l. 21. §. 3. quod met. causa aus:

> *Paul.* „Si dos metu promissa sit, *non puto nasci obligationem*, quia est verissimum, *nec talem promissionem dotis ullam esse*";

da aber die dotis promissio zur Zeit des Paulus immer einen contractus *stricti juris* voraussetzte, und bei solchen Verträgen, wie von Allen anerkannt wird, keine Nichtigkeit wegen metus begründet ist, so können sich die Gegner auf diese Stelle nicht berufen, da sie mit keiner der beiden Theorieen übereinzustimmen scheint; man muß entweder bei der dotis promissio eine singuläre Ausnahme statuiren, für welche sich freilich schwerlich ein genügender Grund auffinden lassen dürfte, oder man muß, ungeachtet der anscheinend auf Nullität hinweisenden Worte, doch eine bloße Rescissibilität annehmen, und diese letztre Meinung erhält eine wesentliche Stütze aus dem Zusammenhang des §. 3. cit. mit den vorhergehenden und folgenden §§en der l. 21. Wenn sich die Gegner auch noch auf l. 6. §. 7. de acqu. hered. (29, 2) berufen, so wird hier offenbar vorausgesetzt, daß die Erbschafts-Antretung wegen des angewendeten Zwangs nur simulirt wurde („*fallens* adierit hereditatem"), und deßhalb nichtig war, vgl. auch l. 84. eod., und l. 21. §. 5. quod met. causa (4, 2) und oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 320. bei Nr. 3. Endlich läßt sich auch aus einigen, in der Consultatio vet. ICti erhaltenen Konstitutionen nichts für die angebliche Nichtigkeit eines erzwungenen Vertrags ableiten, denn in tit. IX. lex 3. wird nur überhaupt die Kraftlosigkeit erzwungener Verträge ausgesprochen — was noch keineswegs auf die Nichtigkeit hinweis't —, in tit. 1. lex 1. ist nur davon die Rede, daß man nicht erst bei dem Kaiser Restitution zu suchen brauche, und in tit. I. lex 2. wird von unerlaubten Verträgen gesprochen, welche Jemand gezwungen abschließt. — Eine für unser heutiges Recht freilich unpraktische Ausnahme von dem bisher dargestellten Prinzip kam jedoch bei den Römern bei unfeierlicher Freilassung vor, was sich von selbst aus dem ursprünglichen Wesen des: voluntate domini in libertate morari, und den darauf sich gründenden Bestimmungen der lex Junia Norbana erklärt, vgl. fragm. Dosith. §. 9, l. 9. pr., l. 17. pr. qui et a quib. manum. (40, 9), und man muß daher gewiß die gekünstelte Erklärung der beiden Pandekten-Stellen verwerfen, welche Savigny im Syst. III. S. 103. Not. vorschlägt. — Der neueste Vertheidiger der Nichtigkeits-Theorie, Schliemann a. a. O. §. 8—14. S. 60 fgg., geht davon aus, daß in den Quellen des römischen Rechts ein durch Interpretation nicht zu beseitigender

Widerspruch vorliege, da in einigen Stellen ganz bestimmt die Nichtigkeit, in andren eben so bestimmt die bloße Anfechtbarkeit eines erzwungenen Geschäfts anerkannt sei. Bei diesem Stande der Sache seien wir in der Lage, uns aus innern Gründen für die eine oder andre Theorie entscheiden zu müssen, und da sei nun gewiß die Annahme der Nichtigkeit das einzig Natürliche und Konsequente. Man müsse zwar den Gegnern zugeben, daß durch den psychischen Zwang der Wille der Gezwungenen nicht aufgehoben werde — und auf diesen Grund dürfe man also die Nichtigkeit des Geschäfts nicht stützen, wie dies allgemein von den Vertheidigern der Nichtigkeits-Theorie zu geschehen pflege —, sondern der Gezwungene habe allerdings noch einen Willen, aber er habe nicht blos die Wahl zwischen zwei Entschließungen, wie die Gegner immer annähmen, zwischen dem Erdulden des angedrohten Uebels und dem Abschluß des Geschäfts, sondern er könne auch noch ein Drittes wählen, nämlich den Abschluß eines Scheingeschäfts, also die bloße Erklärung des Willens ohne den Willen selbst. Da dieses Dritte den nächsten Zweck — Abwendung des angedrohten Uebels — eben so gut erfülle, wie wirklicher Geschäftsabschluß, ohne doch die Nachtheile dieses letztren für den Bedrohten hervorzubringen: so müßte man gerade dieses als das wirklich Gewollte ansehen. Aber auch, wenn man dieses nicht als ganz gewiß annehmen wolle, so sei doch so viel unleugbar, daß es des Zwangs wegen jedenfalls sehr zweifelhaft werde, ob der Gezwungene auch ernstlich das Geschäft gewollt habe, und dieser gerechte Zweifel schon reiche hin, um das Geschäft als nichtig erscheinen zu lassen. — Man muß wohl zugeben, daß diese Begründung der Nichtigkeits-Theorie feiner und durchdachter ist, als die früheren, aber dennoch kann man derselben unmöglich zustimmen. Zunächst halte ich schon die Voraussetzung derselben — daß ein unauflöslicher Widerspruch in den Quellen vorhanden sei — für unbegründet, s. die obige Ausführung; aber auch abgesehen davon scheitert die Argumentation Schliemann's an der einfachen Erwägung, daß wir darnach zwei Sätze statuiren müßten, die beide mit anerkannten Rechtsprinzipien in offenem Widerspruch stehen; wir müßten nämlich einmal eine praesumtio juris für eine Mental-Reservation statuiren, und dann zweitens dieser Mental-Reservation rechtliche Bedeutung beilegen — Trug gegen Zwang! Vgl. auch Windscheid §. 80. Anm. 2, Erner a. a. O. S. 255. Anm. 4.

Wenn der Zwang nicht von dem Kontrahenten selbst, sondern von einem Dritten ausgeht, so hängt Alles davon ab, ob der Zwang zu dem Zwecke zugefügt wurde, um die Abschließung des Vertrags herbeizuführen, oder ob der Vertrag die nicht beabsichtigte Folge des Zwangs war. Während nämlich im letztren Falle der Metus schlechthin gar keinen Einfluß auf den Kontrakt äußern kann, l. 9. §. 1. fin. quod met. causa (4, 2) (was jetzt zwar von Erner S. 255 fg. Anm. 5. in Abrede gestellt wird, aber m. E. ohne Grund, s. auch Wächter S. 767. Not. 15), muß umgekehrt im erstren Falle gesagt werden, daß der Zwang des Dritten ganz eben so auf den Vertrag wirkt, wie wenn er von dem Kontrahenten selbst zugefügt worden wäre, eben weil ja der metus nicht in personam, sondern in rem wirkt, vgl. l. 14. §. 3. quod met. causa, (4, 2), l. 4. §. 33. de doli mali et met. exc. (44, 4), l. 3. 5. C. de his

quae vi metusve causa (2, 20). Wenn Manche wegen l. 5. C. cit. doch noch einen Unterschied statuiren wollen, ob der Kontrahent von der Handlung des Dritten Kenntniß gehabt habe, oder nicht, vgl. z. B. Glück IV. S. 180, so läßt sich dies mit den in den übrigen zitirten Gesetzen ausgesprochenen Grundsätzen nicht wohl vereinigen, und man muß daher gewiß die Worte: *sciente emtore* als blos enunziative ansehen, durch welche ein zufälliges Merkmal des konkreten Falls angedeutet werden soll, und eine äußere Bestätigung erhält diese Meinung noch dadurch, daß diese Worte in den Basiliken fehlen, vgl. Basil. X. 2. 28.

D) Rücksichtlich der äußern Form. §. 606.

3) Wirkungen der Verträge.

A) Unmittelbare Wirkungen.

a) Für die Paziszenten selbst. §. 607.

Anm. I. Bei zweiseitigen Konsensual-Verträgen kann es durch Nebenvertrag oder durch Gesetz besonders bestimmt sein, daß der eine Kontrahent vor dem Andern leisten muß, und dies ist z. B. bei der Miethe der Fall, l. 24. §. 2. locati (19, 2), aber nicht auch bei dem Kaufgeschäft, wie Schenk im ziv. Arch. XVII. S. 112 fgg und XX. S. 472 fgg. ohne allen haltbaren Grund behauptet, vgl. dagegen besonders Heerwart ebendas. XVIII. S. 389 fgg. und XXIII. S. 252 fgg. Ist aber keine derartige besondere Bestimmung vorhanden, dann gilt die einfache Regel, daß Jeder der beiden Kontrahenten sogleich nach abgeschlossenem Vertrage zur Leistung angehalten werden kann, daß also für einen Jeden die Forderung sogleich begründet und fällig, und demnach auch die Klage durch die bloße Perfektion des Kontrakts vollständig fundirt ist, ohne daß dazu die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers nöthig wäre, pr. J. de oblig. ex cons. (3, 22), l. 1. §. 2. de rer. permut. (19, 4). Da es aber doch jedenfalls unbillig wäre, den einen Kontrahenten zur Leistung zu verurtheilen, während der Andere noch mit seiner kontraktmäßigen Leistung im Rückstande ist, so wird dem Verklagten deßhalb eine *exceptio doli* eingeräumt (die h. z. T. s. g. *exc. nondum adimpleti contractus)*, deren einfaches Wesen darin besteht, daß dem Verklagten aus demselben Vertrage eine Gegenforderung zustehe, bis zu deren Befriedigung er seine schuldige Leistung noch zurückbehalte, l. 25. de act. emt. vend. (19, 1):

> *Julian.* „Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est*“,

Gai. lib. IV. §. 126:

> „Si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur,

objicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ei res quam emerit, tradita esset, quae est justa exceptio",

l. 5. §. 4. de dol. et met. exc. (44, 4):

Paul. „Etiam *mercis non traditae exceptione* summovetur",

l. 5. C. de evict. (8, 45):

Anton. „— — Idem etiam fiet, si adversus venditorem, ex vendito actione pretium petentem, *doli exceptionem* oppusueris".

Zur Begründung dieser Einrede gehört natürlich die Nachweisung, daß für den Verklagten eine Gegenforderung aus demselben Vertrage entstanden sei, aber eines besondren Beweises wird es in den bei Weitem meisten Fällen nicht bedürfen, da der Kläger, welcher seine Klage auf einen zweiseitigen Vertrag stützt, ja immer schon das Vorhandensein einer solchen Gegenforderung eingeräumt haben muß. Die weitere Nachweisung, daß diese Gegenforderung noch nicht erfüllt, daß also der Kläger noch mit seiner Leistung im Rückstande sei, kann aber zur Begründung dieser Einrede begreiflich nicht verlangt werden, eben so wenig wie zur Begründung einer Forderungs-Klage die Nachweisung gehört, daß noch keine Zahlung erfolgt sei. Vielmehr muß, um jene exceptio doli zu elidiren, der Kläger *replicando* anführen und beweisen, daß jene Gegenforderung in rechtsgenügender Weise durch Zahlung, kasuelle Unmöglichkeit u. s. w. erloschen, und der Verklagte also nicht berechtigt sei, deßhalb die ihm obliegende Leistung zurück zu behalten.

II. Dieses einfache Sachverhältniß, wornach der Kläger *replicando* anzuführen und zu beweisen hat, daß die Gegenforderung des Verklagten erloschen sei, ist aber sehr häufig verkannt worden, und man pflegte vielmehr früher die Beweislast des Klägers daraus zu erklären, daß die exc. nondum adimpleti contractus eine s. g. verneinende Einrede sei, vgl. z. B. die bei Glück XVII. S. 229. Not. 44. Angeff. und Danz, ord. Proz. §. 155, Schmidt, von Klagen und Einr. §. 125, Bülow und Hagemann, prakt. Erörtr. I. 23. u. A. m. Nachdem aber eine richtigere Theorie die s. g. verneinenden Einreden mit ihren angeblichen Besonderheiten zu verdrängen anfing, wurde es gewöhnlich, unsrer exceptio non adimpl. contr. den Charakter einer Einrede ganz abzusprechen, und Statt dessen anzunehmen, der Kläger müsse schon zur Begründung seiner Klage anführen, daß er seiner Seits erfüllt habe, und wenn dies von dem Verklagten geleugnet werde, so sei dies nur eine negative Litiskontestation, in deren Folge dann der Kläger jene zum Klagegrund gehörende Behauptung beweisen müsse, vgl. z. B. Weber, Verb. zur Beweisführung VI. 11. und 27. (in der Ausg. von Heffter S. 140. und S. 184 fg.), Glück XVII. S. 229 fg., Gönner, Handb. des gem. Proz. Bd. II. Nr. 34. §. 2. Erst in unsren Tagen hat Heerwart im ziv. Arch. VII. S. 335 fgg. das wahre Sachverhältniß, wie es oben dargestellt wurde, scharf und bestimmt hingestellt, und man darf sich der Hoffnung hingeben, daß diese Ansicht bald zur allgemein herrschenden wird, obwohl freilich zur Zeit noch manche Stimmen sich dagegen erhoben, und von Neuem die Qualität einer negativen Litiskontestation vertheidigt haben; vgl. namentlich Lang, über die Einr. des nicht erfüllten Vertrags. Regensb. 1829, Schenk im ziv. Arch. XVII. S. 93 fgg. S. 242 fgg., XX. S. 427 fgg.,

Treitschke ebendas. XXII. S. 278 fgg., Sintenis in der Gießer Zeitschrift XVI. S. 254 fgg., XVII. S. 253 fgg., *Steinfeld*, de defensione rei ex fundamento contr. non adimpleti oriunda. Marb. 1841. p. 39 sqq. Osterloh in der Sächs. Zeitschr. N. F. VII. S. 7 fgg., Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 337 fgg., Pand. §. 243, *Karlowa*, de nat. atque indole συναλλαγματος. Bon. 1862. p. 9 sqq.; s. aber dagegen Brandis in Schunck's Jahrb. XVII. S. 196 fgg. und in Gießer Zeitschrift VII. S. 135 fgg., *Volckmann*, de exc. non adimpl. contr. Lips. 1829, Heerwart im ziv. Arch. XIV. S. 206 fgg., XVIII. S. 387 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 349 fgg., Bethm.-Hollw., Vers. S. 343 fg., Heffter zu Weber's Verb. zur Beweisf. S. 287 fgg., Albrecht, Exzept. S. 189 fgg., Wening, Lehrb. §. 202, Fritz zu Wening II. S. 147 fgg., Puchta, Pand. §. 232, Vorles. ad h. l., v. Savigny, Syst. V. S. 289, Schmid, Handb. des gem. deutschen Zivilproz. Bd. II. S. 6 fgg. Not., Seuffert §. 276, Arndts §. 234, Dernburg, Komp. S. 81 fgg. (2. Aufl. S. 63 fgg.), Bähr, Anerkennung S. 92. S. 174 fg. (2. Aufl. S. 98. S. 191 fg.), Unger, System II. S. 468 fgg., Zaun im prakt. Archiv IV. S. 420 fgg., W. A. Puchta in Bekker's Jahrbuch V. S. 94 fgg., Bekker ebendaselbst S. 116 fgg., Windscheid, Lehrbuch II. §. 321. In der That ist auch die hier bekämpfte Theorie in augenscheinlichem Widerspruch mit der Natur der Konsensual-Kontrakte, und mit den oben ausgezogenen Gesetzen, in denen auf das Bestimmteste die Einwendung des nicht erfüllten Vertrags als eine justa *exceptio* charakterisirt wird, und dafür läßt sich nur ein einziges Gesetz mit einigem Scheine anführen, nämlich die l. 13. §. 8. de act. emt. vend. (19, 1):

> *Ulp.* „Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, *nondum est ex emto actio*";

aber nach einem häufigen Sprachgebrauch (vgl. z. B. die Nachweisungen bei Heerwart im Arch. VII. S. 344 fgg.) können diese Worte unbedenklich auf die bloße Wirkungslosigkeit der Klage bezogen werden, vgl. auch l. 57. pr. de aedil. edicto (21, 1): „nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, *nihil consequitur*", und daß dies wirklich die Meinung Ulpian's ist, geht unzweideutig aus den unmittelbar folgenden Worten der l. 13. §. 8. cit. hervor:

> „venditor enim *quasi pignus retinere potest eam rem*, quam vendidit".

Wenn man vielfach aus der synallagmatischen Natur der zweiseitigen Verträge erhebliche Argumente für die hier bekämpfte Theorie hat entnehmen wollen, so halte ich das für ganz unzulässig. Zwar ist es unzweifelhaft richtig, daß z. B. der Käufer sich nicht schlechthin zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme, sondern nur zur Zahlung des Geldes gegen Empfang der Waare verpflichtet hat; aber daraus kann doch unmöglich gefolgert werden, daß die Klage auf den Kaufpreis bedingt sei durch die vorgängige Leistung der Waare, sondern die einzig begründete Folge jener Wechselbeziehung zwischen Leistung und Gegenleistung ist offenbar nur die, daß dann, wenn sich herausstellt, daß der Kläger seinerseits noch nicht erfüllt hat, der Beklagte nicht schlechthin zur Zahlung des Kaufpreises,

ſondern nur darauf verurtheilt werden darf, daß er gegen Empfang der Waare den Preis zu zahlen ſchuldig ſei. In einem ſolchen Urtheile iſt aber gerade die Anerkennung des Retentionsrechts ausgeſprochen.

III. Uebrigens iſt die hier behandelte Streitfrage nicht blos theoretiſch intereſſant, ſondern auch von praktiſcher Bedeutung. So hat namentlich die falſche Theorie ſchon zu der ſchlechthin verwerflichen Behauptung Veranlaſſung gegeben, daß bei zweiſeitigen Verträgen die Klagen-Verjährung nicht vor der Erfüllung anfangen könne, vgl. dagegen oben Bd. I. §. 147. Anm., und ſ. auch v. Savigny, Syſt. V. S. 289 fgg. Eben ſo hat die irrige Anſicht von dem Weſen unſrer exceptio nachtheiligen Einfluß auf die Lehre vom Perikulum bei zweiſeitigen Verträgen geäußert, vgl. darüber oben S. 212. Und endlich iſt auch prozeſſualiſch unſre Streitfrage in mehrfacher Beziehung wichtig; denn die Vertheidiger der hier bekämpften Meinung nehmen an, oder müſſen doch konſequent annehmen, daß eine Klage, die nicht die Behauptung der geſchehenen Erfüllung enthalte, angebrachter Maaßen verworfen werden dürfe, daß im Falle der contumacia des Verklagten wegen der gemeinrechtlich Statt findenden Fiktion der negativen Litiskonteſtation dem Kläger doch der Beweis der geleiſteten Zahlung aufzulegen ſei, und daß aus einem zweiſeitigen Vertrage nicht anders im Exekutivprozeß verfahren werden dürfe, als wenn der Kläger ſogleich bei der Klage die geſchehene Zahlung urkundlich nachweiſe. Daß nach der richtigeren Anſicht in allen dieſen Beziehungen das Umgekehrte angenommen werden muß, bedarf keiner Ausführung.

IV. Während bei der bisher betrachteten exc. non adimpleti contractus doch wenigſtens über die Beweislaſt kein Streit herrſcht, indem Alle einſtimmig dem Kläger den Beweis auflegen, nur daß darin die Einen einen Beweis des Klaggrundes, die Andren den Beweis einer Replik ſehen: iſt bei der ſ. g. exceptio *non rite* adimpleti contractus ſelbſt dieſer Punkt ſehr ſtreitig. Manche wollen nämlich ſtets dem Kläger den Beweis auflegen, weil kein rechtlicher Unterſchied ſei zwiſchen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung; Andre behaupten umgekehrt, daß ſtets der Verklagte die nicht gehörige Erfüllung beweiſen müſſe, und wieder Andre wollen endlich nach Verſchiedenheit der Fälle verſchieden entſcheiden; vgl. über die verſchiedenen Anſichten Glück XVII. S. 231 fgg., und die dort Angeff., Heerwart im Arch. VII. S. 353 fgg., Schenk im Arch. XX. S. 467 fgg., Treitſchke im Arch. XXII. S. 434 fgg., Fritz zu Wening II. S. 149 fgg., Koch II. S. 356 fgg., Schmid, Handb. des Proz. II. S. 8. Not., Seuffert, Lehrb. §. 276, Flach, Entſcheid. II. Nr. 4. S. 30 fgg., Schäffer in Gieß. Zeitſchr. N. F. VIII. S. 254 fgg., Brinckmann, Handelsr. §. 68, Thöl, Handelsr. 3. Aufl. I. §. 85, Bähr, Anerkennung S. 175. (2. Aufl. S. 192 fgg.), Gerber, Beiträge zur Lehre von dem Klaggrunde und der Beweislaſt. S. 155 fgg., Buchta a. a. O. S. 96 fgg., Windſcheid a. a. O. Not. 3 fgg. — Meines Erachtens hängt hier Alles davon ab, welchen Zweck der Verklagte durch die Einwendung, daß der Kläger nicht gehörig erfüllt habe, erreichen will. Soll nämlich dadurch nur die gehörige Erfüllung, oder vielmehr die Rückbehaltung der eignen Leiſtung bis zu gehöriger Erfüllung von Seiten des Klägers, effektuirt werden, ſo iſt kein Unterſchied zwiſchen der exc. non

adimpleti und der exc. non rite adimpleti contractus, und der Kläger muß den Beweis führen. Dieß ist namentlich der Fall, wenn nach der Behauptung des Verklagten die Erfüllung nur der Quantität nach unvollständig, oder wenn bei einer obligatio generis eine Sache aus einem ganz andren genus geleistet ist. Soll aber durch jene Einwendung bewirkt werden, daß der Vertrag wieder aufgehoben, oder der Kläger zu einer Entschädigung verpflichtet werde, wie z. B. wenn bei der übergebenen Sache versprochene Eigenschaften fehlen, oder heimliche Mängel vorhanden sind, dann ist diese Einwendung ihrer Grundlage und ihrem Zwecke nach wesentlich von der exc. non adimpleti contractus verschieden, und der Verklagte muß hier ganz eben so den Beweis führen, daß jene Eigenschaften fehlen oder jene Mängel vorhanden sind, wie wenn er zur Erreichung jener Zwecke mit den entsprechenden Klagen aufgetreten wäre.

b) Für dritte Nichtpaziszenten. §. 608.

Cod. IV. 11. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant, IV. 50. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit, VII. 60. inter alios acta vel judicata aliis non nocere. — Inst. III. 28. per quas personas nobis obligatio acquiritur. — *Donell.*, comm. ad l. 88. §. 17. de V. O. (in opp. XI. p. 767 sqq.), *Ejusd.*, comm. jur. civ. lib. XII. c. 16 sqq., *Ferber*, de stipul. tertio facta. Lips. 1688, *J. H. Böhmer*, de jure ex pacto tertii quaesito. Hal. 1735. (in Exerc. ad Pand. II. p. 256 sqq.), Mühlenbruch, Zession §. 9 fgg. 3. Aufl. S. 85 fgg., Beseler, Erbvertr. II. I. S. 71 fgg., Ruhstrat im Oldenb. Arch. I. S. 12 fgg. und im ziv. Arch. XXX. S. 340 fgg., *Naegelé*, quatenus jura et obligationes ex juris negotiis tertio nascantur. Heidelb. 1846, Strippelmann Entscheidungen des O. A. G. zu Kassel V. I. S. 1 fgg., Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852, Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 1 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 2, Savigny, Obligat. II. S. 21 fgg., Scheurl, krit. Ueberschau Bd. I. S. 315 fgg., Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenb. 1854, Kuntze, die Oblig. S. 264 fgg., Heimbach im Rechtslex. XII. S. 797 fgg., Ihering in sein. Jahrbb. I. S. 273 fgg., II. S. 67 fgg., Scheurl ebendas. II. S. 1 fgg., Busch, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter. Heidelb. 1860 (auch als Beilageheft zum ziv. Arch. Bd. XLIII), *Spranger*, de pacto per procuratorem ineundo quaestiones quae-

dam. Lips. 1862, Bähr in Ihering's Jahrbb. VI. S. 131 fgg., Zaun im neuen Arch. für prakt. Rw. I. S. 32 fgg., Laband in Goldschm. Zeitschr. für Handelsr. X. S. 183 fgg. — Bucher, Recht der Forderungen §. 16 fgg., Koch II. S. 502 fgg., Unterholzner I. S. 186 fgg. S. 397 fgg., *Molitor* I. p. 95 sqq. — Vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 273 fgg. und Vorles. ad h. l., Thöl, Handelsr. Bd. I. 3. Aufl. (1854) §. 24 fgg., Beseler, Syst. des gem. deutschen Privatr. Bd. II. §. 118. S. 277 fg., §. 120. S. 290 fgg., Wächter, Württ. Privatr. II. §. 88, Unger, Oestr. Privatr. II. §. 90, Windscheid, Lehrb. I. §. 73, II. §. 313. 316 fg.

Anm. Der bekannte Grundsatz des römischen Rechts, daß Verträge nur unter den Paziszenten wirken, bedarf theils näherer Bestimmungen, theils leidet er mehrfache Modifikationen.

I. Ein Vertrag, durch welchen man sich eine Leistung an einen Dritten in der Weise bedingt, daß dieser Dritte der unmittelbare Kreditor sein soll, ist völlig ungiltig, so, daß nicht nur der Dritte kein Recht daraus erwirbt, — und zwar selbst dann nicht, wenn der Kontrahent als Stellvertreter des Dritten den Vertrag abgeschlossen hat —, sondern auch unter den Kontrahenten selbst keine Wirkungen daraus hervorgehen können, eben weil ja der Promissar nichts für sich erwerben will, l. 11. de O. et A. (44, 7):

Paul. „Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, *inanem actum nostrum efficiunt;* et ideo neque stipulari, neque emere. vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus",

l. 38. §. 17. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quo sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest mea" [cf. §. 19. J. de inutil. stipul. (3, 20)],

l. 73. §. 4. de R. J.;

Q. Muc. Scaev. „Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest",

l. 6. C. si quis alteri (4, 50):

Dioclet. et *Maxim.* „— — Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, *emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes",*

l. 26. C. de jure dot. (5, 12):

Dioclet. et *Maxim.* „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi, extraneo constituto, stipulatus est, *nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quaerere potuit actionem",*

vgl. auch §. 4. J. de inutil. stipul. (3, 20), l. 11. §. 6. de pignor. act. (13, 7), l. 126. §. 2. de V. O. (45, 1), l. 1. C. per quas person. (4, 27), l. 19. C. de jure dot. (5, 12). Wenn doch von Heyer, Abhandl. aus verſch. Theilen der Rechtsw. Gießen 1841. Nr. 1. und in Gieß. Zeitſchr. N. F. III. S. 1 fgg., vgl. auch Zaun a. a. O. S. 48 fgg., behauptet worden iſt, daß der Vertrag zum Vortheil eines Dritten unter den Kontrahenten wirkſam, und nur bei Stipulationen eine Ausnahme von dieſer Regel begründet ſei, ſo widerſpricht dies nicht nur der Natur der Sache, ſondern auch den obigen Quellenzeugniſſen (vgl. beſ. die von Heyer in der erſten Abhandlung ganz ignorirte, und in der zweiten S. 35 fgg. falſch ausgelegte l. 6. C. si quis alteri), und wenn ſich Heyer für ſeine Meinung beſonders auf die Theorie des mandatum *aliena gratia* beruft, vgl. pr. §. 3. J. de mand. (3, 27), l. 6. §. 4. 5. mandati (17, 1), ſo überſieht er, daß hier theils nur von Begründung einer actio mandati *contraria* die Rede iſt, theils aber, ſoweit die actio directa in Frage ſteht, doch immer ein eignes Intereſſe des Mandanten vorausgeſetzt werden muß, vgl. l. 8. §. 6. mand. (17, 1) [obwohl freilich ſchon ein ſpezielles Affektions-Intereſſe genügt, l. 54. pr. mand., vgl. l. 7. de serv. export. (18, 7)], und dabei auch gar nicht beabſichtigt wird, ein Forderungsrecht für einen Dritten zu begründen, vgl. auch Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 102. Anm. 4, Girtanner, Bürgſch. S. 63 fgg., Buchka a. a. O. S. 4 fgg. — Von unſrer Regel gibt es aber mehrere Ausnahmen, und zwar kann es

1) vorkommen, daß doch wenigſtens der Promiſſar aus einem ſolchen Vertrage ein Klagerecht erhält, wenn nämlich durch die Leiſtung an den Dritten auch für ihn ſelbſt ein Vortheil begründet wird, §. 20. J. de inut. stipul. (3, 20), l. 38. §. 20—23. de V. O., l. 8. C. de inut. stip. (8, 39), oder wenn er ſich eine Konventionalſtrafe ausbedungen hat, §. 19. J. de inut. stip., l. 38. §. 17. de V. O. Namentlich iſt das Erſtre auch dann der Fall, wenn ſich der Vater eine Leiſtung an ſein Hauskind verſprechen läßt, weil er ſelbſt durch das Hauskind erwirbt, §. 4. fin. J. de inut. stip., l. 17. §. 4. de pact. (2, 14), l. 7. de pact. dotal. (23, 4), l. 39. 56. 130. de V. O., aber eben deßhalb iſt es auch nur inſofern der Fall, als er ſelbſt erwirbt, „alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat, l. 130. cit.

2) In mehreren Fällen wird aber auch der Dritte ſelbſt aus einem ſolchen Vertrage berechtigt, und zwar kommt dies vor:

a) Wenn ein Hauskind ſich für ſeinen Vater etwas verſprechen läßt, §. 4. J. de inut. stip., l. 38. §. 17, l. 130. de V. O.

b) Wenn bei Abſchließung eines Konſenſual- oder auch Real-Vertrags [vgl. l. 1. §. 11. depos. (16, 3)] der Kontrahent nicht ſowohl als Stellvertreter, als vielmehr nur als Zwiſchenträger oder Bote erſcheint, wenn er alſo nicht ſelbſt will, ſondern lediglich den Willen ſeines Mandanten dem andren Kontrahenten mittheilt: ſo verſteht es ſich, daß nicht er, ſondern nur der, für welchen er den Kontrakt abſchließt, als der eigentliche Kontrahent aufzufaſſen iſt, und nur dieſem die Kontraktsklage zuſteht, ſo daß es nicht viel anders iſt, als wenn ein ſolcher Kontrakt brieflich abgeſchloſſen wäre, wie denn auch wirklich in den

Geſetzen das Kontrahiren per nuntium und per epistolam immer gleichgeſtellt wird, l. 2. pr. de pact. (2, 14), l. 14. §. 3, l. 15. de pec. const. (13, 5), l. 1. §. 1. mand. (17, 1), l. 1. §. 2. de contr. emt. (18, 1), l. 2. §. 2. de O. et A. (44, 7), l. 9. C. si quis alteri (4, 50), Mühlenbruch, Zeſſion S. 108 fgg., Ihering I. S. 378 fgg., Laband S. 189 fgg. Auch die l. 84. pro soc. (17, 2): „Quotiens jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit", kann recht gut von einem ſolchen Kontrahiren per nuntium verſtanden werden, obwohl ſie auch auf ein Kontrahiren per procuratorem bezogen werden darf, wenn man nur bei dem directo agere nicht an die actio pro socio, ſondern an die actio mandati denkt, Mühlenbruch a. a. O. S. 94. Note.

c) Wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehn giebt oder eine Nichtſchuld bezahlt, ſo kann daraus der Dritte unmittelbar die condictio mutui oder indebiti anſtellen, l. 2. §. 4, l. 9. §. 8. de R. C. (12, 1), l. 6. 47. 57. pr. de cond. indeb. (12, 6), l. 126. §. 2. de V. O. (45, 1), l. 4. C. si cert. pet. (4, 2), eine Beſtimmung, die ſich wohl am Einfachſten daraus erklärt, daß der Empfänger nicht blos kontraktlich, ſondern vorzugsweiſe aus dem Haben sine causa zur Rückgabe obligirt iſt; vgl. übrigens Buchka S. 81 fgg., Brinz S. 24 fgg., Savigny S. 66 fg., Scheurl S. 328 fg., Ihering I. S. 283 fgg. II. S. 87 fgg., Schmid, Zeſſion I. S. 375 fgg. S. 384 fgg., Windſcheid §. 313. Not. 3. 6. Gewiß inkonſequent erweiterte dies Juſtinian dahin, daß wenn in ſolchem Falle wegen Rückzahlung des Darlehns ein Pfandrecht beſtellt würde, auch die hypothekariſche Klage direkt dem Dritten zuſtehen ſolle, l. 2. C. per quas pers. nob. acqu. (4, 27), welche Verordnung denn auch zu einigen Tribonianiſmen Veranlaſſung gegeben hat, vgl. l. 72. de procurator. (3, 3) [„non *semper*"], l. 11. §. 6. de pignerat. act. (13, 7) [*„plerumque*, non *semper*"]; vgl. auch Schmid, Zeſſion I. S. 427 fgg.

d) Obwohl auch bei dem Vormunde im Ganzen die Regel gilt, daß er keinen Vertrag auf den Namen des Mündels abſchließen darf, vgl. z. B. l. 9. pr. de adm. tut. (27, 7), ſo leidet dies doch ſowohl bei dem Tutor als dem Kurator — und ihnen iſt auch der actor municipum gleichgeſtellt — die ſpezielle Ausnahme, daß wenn ein Konſtitutum in der bezeichneten Weiſe abgeſchloſſen iſt, allerdings eine utilis actio für den Mündel begründet wird, l. 5. §. 9. de pec. const. (13, 5), und daß, wenn der Vormund unmittelbar ein pactum de non petendo für den Pflegling abſchließt („ne a furioso aut prodigo peteretur"), dieſem daraus eine exceptio [doli] begründet wird, l. 15, l. 28. §. 1. de pact. (2, 14).

e) Schon nach Vorjuſtinianiſchem Rechte war es giltig, wenn ſich Jemand Etwas für ſich und ſeine Erben verſprechen ließ, l. 38. §. 14. de V. O.: „Suae personae adjungere quis heredis personam potest"; vgl. l. 38. §. 12. eod., l. 33. de pact. (2, 14), und es iſt dies auch offenbar gar keine Ausnahme von unſrem Grundſatze, da hier ja die obligatio ſchon in der Perſon des Stipulator vollſtändig begründet wird, und die Erben nur in dieſe

obligatio succediren sollen. Für den Fall, wenn der Stipulator mehrere Erben hat, aber die Stipulation nur für sich und Einen dieser mehreren Erben abschließt, enthält die l. 137. §. 8. de V. O. die Entscheidung: „quod *dari* stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri; at quum quid *fieri* stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi", eine Unterscheidung, die augenscheinlich auf dem Grundsatze des alten Rechts beruht, daß obligationes in faciendo gar nicht auf die Erben übergehen, wenn sie nicht besonders darauf gestellt sind. Da aber dieser Grundsatz durch Justinian in l. 13. C. de contrah. stipul. (8, 38) aufgehoben ist, so muß seitdem auch bei den obligationes in faciendo gesagt werden, daß daraus stets alle Erben berechtigt werden, sollte der Erblasser auch blos Einen besonders genannt haben; a. M. ist zwar *Donell.* cit. nr. 45. (p. 809 sqq.), aber gegen alle Konsequenz, s. auch Bucher, Recht der Forderungen S. 51, Scheurl, Beiträge S. 114 fgg., Sintenis II. §. 102. Not. 33. — Ganz anders verhält es sich mit dem andren Falle, wenn sich Jemand etwas blos für seine Erben, oder, was gleichviel ist, *„post mortem suam"* versprechen läßt. Dies war im klassischen Rechte in konsequenter Folge unsres Grundsatzes schlechthin unthunlich, Gai. III. 100. 117. 158. §. 13. J. de inutil. stipul. (3, 20), und zwar war diese Ungiltigkeit nicht blos, wie Scheurl a. a. O. S. 105 fgg. irrig annimmt, auf Stipulationen beschränkt, sondern ganz dasselbe galt auch bei negotia bonae fidei, s. bes. Gai. III. 158. („inutile *mandatum* est, quia *generaliter* placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse"), und vgl. auch Dernburg a. a. O. S. 4. Anm. Dies aber hat Justinian aufgehoben, l. 11. C. de contr. stipul. (8, 38), so daß jetzt wirklich die obligatio und actio „a persona heredis incipere potest", l. un. C. ut act. ab hered. (4, 11), und da in solchem Falle die Erben nicht in eine obligatio des Erblassers eintreten, sondern vielmehr die obligatio erst in der Person der Erben zur Entstehung kommt, so muß man, ungeachtet des Widerspruchs von Scheurl S. 109 fgg., mit innerer Nothwendigkeit zu dem Ergebniß kommen, daß, wenn der Erblasser den Vertrag nur auf Einen seiner mehreren Erben gestellt hat, die obligatio auch immer nur in der Person dieses Einen zur Entstehung kommen kann, vgl. bes. *Donell.* cit. nr. 42 sqq. (p. 802 sqq.) und s. auch Buchka a. a. O. S. 78 fgg., Windscheid II. §. 316. Not. 8. 9. Das Resultat für das Justinianische Recht wäre demnach folgendes: wenn der Erblasser nicht für sich, sondern blos für Einen von mehreren Erben sich Etwas hat versprechen lassen, so erwirbt immer blos dieser; hat aber der Erblasser für sich und Einen von mehreren Erben den Vertrag abgeschlossen, so erwerben immer alle Erben, und in beiden Fällen kommt auf den Unterschied zwischen dare und facere nichts mehr an. Wenn jetzt Buchka S. 79 fg., obwohl er in allen Prämissen vollständig mit der obigen Ausführung übereinstimmt, dennoch die zweite Hälfte dieses Satzes leugnet, und vielmehr das einfache Dogma aufstellt, daß seit der l. un. C. ut act. ab hered. immer nur der einzelne Erbe berechtigt werde, einerlei ob der Erblasser nur für ihn, oder ob er für sich und für ihn die Obligation abgeschlossen habe: so beruht dies auf der, m. E. völlig unrichtigen, Voraussetzung, daß seit der l. un.

C. cit auch in dem Falle, wenn der Erblaſſer für ſich und ſeine Erben ſtipulirt habe, die Obligation erſt in der Perſon der Erben ihren Anfang nehme. M. E. muß vielmehr auch noch nach der l. un. cit. geſagt werden, daß dann, wenn der Erblaſſer für ſich und ſeine Erben eine stipulatio abſchließt, die obligatio auch wirklich immer bereits in der Perſon des Erblaſſers begründet wird, und nicht erſt in der Perſon der Erben zur Entſtehung kommt; und iſt in dieſer Beziehung wirklich nichts durch die l. un cit. geändert worden, ſo muß natürlich auch die Entſcheidung in l. 137. §. 8. de V. O. in Kraft bleiben.

f) Wenn ein Aſzendent eine Dos beſtellt, und die Rückgabe derſelben an ſeine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, ſo wird dieſen eine utilis actio eingeräumt, l. 45. sol. matr. (24, 3), l. 7. C. de pact. conv. (5, 14), vgl. l. 9, l. 23. de pact. dotal. (23, 4), l. 45. §. 2. de V. O. (45, 1); Schmid, Zeſſion I. S. 453 fgg. Die nicht ſelten aus dieſen Geſetzen abgeleitete Meinung, daß überhaupt Verträge, welche ein Aſzendent für ſeinen Deſzendenten abſchließe, für dieſen wirkſam ſeien, ſtreitet gegen alle Interpretations-Regeln; vgl. auch Mühlenbruch, Zeſſion S. 96. Not. und die dort Angeff.

g) Wenn Jemand eine fremde Sache einem Andren zum Gebrauch oder zur Verwahrung übergibt, und dabei ausbedingt, daß die Sache an den Eigenthümer reſtituirt werden ſoll, ſo darf dieſer eine utilis actio commodati v. depositi gebrauchen, l. 8. C. ad exhib. (3, 42), Ihering II. S. 116 fgg., Schmid, Zeſſ. I S. 439 fgg.

h) Hat der veräußernde Pfandgläubiger dem Schuldner das Recht der Wiedereinlöſung vorbehalten, ſo hat dieſer daraus eine actio in factum, l. 13. pr. de pign. act. (13, 7), vgl. l. 7. §. 1. de distr. pign. (20, 5), Schmid, Zeſſ. I. S. 460 fgg.

i) Wenn Jemand eine Sache mit der Auflage verſchenkt, ſie ſpäter an einen Andren wieder heraus zu geben, ſo hat dieſer Dritte daraus eine utilis actio, l. 8. C. de donat. quae sub. modo (8, 55). Ueber einige Streitfragen hierbei vgl. Errleben, cond. s. causa II. S. 300 fgg., Schmid, Zeſſ. I. S. 449 fgg., Windſcheid §. 316. Not. 5.

Dieſe von lit. a bis i angegebenen Fälle ſind m. E. die einzigen, in denen ſchon nach römiſchem Rechte ein Vertrag mit Wirkſamkeit auf einen Dritten geſtellt werden konnte, und ich muß die Meinung, daß im neueſten Rechte bei allen Verträgen, mit Ausnahme der Stipulation, eine Stellvertretung geſtattet geweſen ſei, für gänzlich unbegründet halten, obwohl jetzt ſelbſt v. Savigny, Syſtem Bd. III. S. 95 fgg. und Obligat. II. S. 40 fgg. ſich derſelben zugewendet hat. Sie ſteht in entſchiedenem Widerſpruch mit allen bisher angeführten Geſetzen, und kann ſicherlich nicht begründet werden durch die von Savigny beſonders dafür angeführte l. 53. de acquir. rer. dom (41, 1):

> *Modestin.* „Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem, *quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus*“.

Nicht nur, daß die Worte: *per stipulationem* ſehr wahrſcheinlich ein ungeſchicktes Einſchiebſel Tribonian's ſind, indem Modeſtin wohl gewiß nicht die

Stipulation, sondern vielmehr die Manzipation erwähnt, und die Stelle also im Sinne ihres Urhebers gar keine Beziehung auf Verträge hatte: so sind wir auch nach der Fassung der Stelle, welche sie jetzt hat, doch nicht berechtigt, die zweite Regel über den Besitzerwerb hinaus auszudehnen, da mehrfach in andren Stellen ausdrücklich bemerkt wird, daß nur bei dem Besitze eine Repräsentation per liberam personam möglich sei, *Paul.* rec. sent. V. 3. 2, l. 1. C. per quas pers. (4, 27), §. 5. J. per quas pers. (2, 9), welche Stellen sich doch gewiß nicht mit Savigny S. 49. durch die Bemerkung beseitigen lassen, daß in ihnen nur eine längst veraltete Regel ausgesprochen sei, die sich nur traditionell fortgepflanzt habe! vgl. auch Buchta, Kursus der Institut. II. §. 203. Not. n, Buchka S. 116 fgg., Scheurl S. 322 fgg., Ruhstrat, über Savigny S. 19 fgg., Heimbach S. 806 fgg, Windscheid I. §. 73. Not. 14. — Viel weiter, als das römische Recht geht aber eine, wie es scheint, seit sehr langer Zeit völlig entschiedene deutschrechtliche Praxis, wornach allgemein aus einem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Vertrage ganz unbedenklich diesem Dritten eine Klage eingeräumt wird, vorausgesetzt nur, daß der Kontrahent durch sein Amt (was bei Vormündern und Vorstehern von universitates der Fall ist) oder durch Auftrag zu einer solchen Vertretung befugt erscheint, in welcher letztren Beziehung man aber gewiß konsequent die *negotiorum gestio* mit darauf folgender Ratihabition dem Mandate ganz gleichstellt; vgl. hierüber besonders die reichhaltige dogmengeschichtliche Darstellung bei Buchka S. 121 fgg. So unzweifelhaft es nun hiernach auch ist, daß ein Vertrag, wodurch der Mandatar sich Etwas unmittelbar für seinen Mandanten versprechen läßt, h. z. T. abweichend vom römischen Rechte völlig giltig ist, und so gewiß es ist, daß aus einem solchen Vertrage der Mandant ein sofortiges Klagerecht erlangt, und zwar nur der Mandant, nicht auch der Mandatar (wenn nicht etwa dieser außer dem mandatum ad contrahendum auch noch ein mandatum ad exigendum erhalten hat): so sind doch auch die heutigen Rechtsgelehrten über die juristische Konstruktion dieser neuen Rechtssätze, und über die von dieser Konstruktion abhängige Detail-Gestaltung noch keineswegs einverstanden. Die Mehrzahl der neuesten Wortführer bei dieser Streitfrage geht davon aus, daß das moderne Recht, in prinzipieller Verschiedenheit von dem römischen, auch bei Kontrahirung von Obligationen die Möglichkeit einer s. g. direkten oder unmittelbaren Stellvertretung zulasse, und daß also in Fällen der obigen Art der Mandant als der eigentliche Kontrahent anzusehen, und der Vertrag also ganz so zu beurtheilen sei, wie wenn unmittelbar der Mandant selbst ihn abgeschlossen hätte; vgl. hierüber besonders Beseler a. d. aa. OO., Buchka S. 204 fgg. S. 230 fgg., Dernburg S. 17 fgg., Brinz S. 35 fgg., Scheurl S. 329 fgg., Ruhstrat S. 42 fgg., Heimbach S. 820 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. 2. Ausg. II. S. 361. Anm., Wächter, Unger, *Spranger*, Laband a. d. aa. OO., Windscheid I. §. 73. II. §. 313. Not. 4. (welche Schriftsteller zwar in manchen Einzelheiten wieder unter sich abweichen, aber doch darin sämmtlich einverstanden sind, daß h. z. T. unmittelbare Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen zulässig sei). Andre dagegen halten eine solche prinzipielle Abweichung vom römischen Rechte nicht blos für ungerechtfertigt, sondern für unmöglich,

weil die direkte Stellvertretung mit dem Wesen der obligatio in unauflösbarem Widerspruch stehe. Allerdings könne man Verträge durch einen Prokurator abschließen lassen, aber niemals so, daß man direkt daraus Gläubiger werde, sondern immer nur so, daß der Mandatar der eigentliche Kontrahent und das ursprüngliche Subjekt der durch den Vertrag begründeten obligatio sei, und der Mandant nur als Zessionar Rechte erwerbe. Dieser aus der Natur der obligatio hervorgehende Satz müsse nothwendig auch h. z. T. noch gelten, und die Verschiedenheit zwischen dem römischen und dem modernen Rechte bestehe nur darin, daß das erstere, in konsequenter Festhaltung jenes Prinzips, verlange, daß der Mandatar den Kontrakt auch wirklich für sich selbst abschließe, und einen unmittelbar auf den Namen des Mandanten abgeschlossenen Kontrakt für nichtig erkläre, während in dem heutigen Rechte allerdings auch die letztre Vertragsform zugelassen werde, ohne daß dieses jedoch ein Aufgeben jenes Prinzips enthalte; die Anwendung dieser Form habe vielmehr nur die Bedeutung, daß dadurch der andre Kontrahent sofort von dem prokuratorischen Verhältniß des Promissar, und folgeweise von der stillschweigenden Zession der kontraktlichen Forderung an den Mandanten in Kenntniß gesetzt werde, und demgemäß auch sofort in Betreff der Zahlung oder sonstiger das Schuldverhältniß betreffender Verhandlungen lediglich an den Mandanten gewiesen sei; vgl. bes. Mühlenbruch, Zession S. 111 fgg. S. 147. Anm. S. 481, Ders. in Glück's Komm. XXXVIII. S. 69 fg. und Lehrbuch §. 131, Puchta, Lehrbuch §. 273 fgg. und Vorles. ad h. l., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 357 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 246, Thöl, Handelsrecht Bd. I. §. 25. Anm. 1 und 2, Kuntze a. a. O., Scheurl in Ihering's Jahrb. II. S. 27. (der hier seine frühere Ansicht zurücknimmt), Bähr ebendas. VI. S. 287 fgg., Zaun S. 35 fgg. Diese letztre Ansicht halte ich, ungeachtet der zahlreichen abweichenden Darstellungen, welche die jüngste Zeit uns gebracht, auch noch jetzt eben so, wie in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs, für die einzig zulässige. Für eine so prinzipielle Abweichung vom römischen Rechte, wie sie in jenen neuesten Darstellungen behauptet wird, fehlt es nicht nur an allem wahren praktischen Bedürfnisse — denn diesem wird in vollem Maaße auch durch die dem römischen Rechte sich anschließende juristische Konstruktion Genüge gethan — sondern auch an allem und jedem Rechtsgrunde. Die Gegner selbst müssen einräumen, daß der Satz des römischen Rechts: eine obligatio entstehe nur unter den Kontrahenten, so sehr in dem Wesen der obligatio begründet ist, daß derselbe unmöglich als geändert angesehen werden kann, vgl. z. B. Scheurl S. 330. 334, und ihre Argumentation geht daher auch wesentlich nur dahin, darzuthun, daß nach heutiger Rechtsansicht der Mandant selbst der Kontrahent sei. Gerade dies aber halte ich, ungeachtet der künstlichen Deduktionen von Savigny, Obl. II. S. 57 fgg., Buchka S. 202 fgg., Dernburg S. 19 fg., Scheurl S. 335 fgg.. *Spranger* cit. p. 16 sqq., Laband S. 186 fg. für schlechthin unzulässig. Wenn der Auftrag nicht blos dahin geht, den präzisen Kontraktswillen des Mandanten dem andren Kontrahenten mitzutheilen, also der Mandatar bloser nuntius ist (s. oben S. 289 fgg. bei lit. b.), sondern wenn der Auftrag wirklich darauf gerichtet ist, daß der Mandatar selbst den zum Abschluß des Vertrags erforderlichen Willen fassen, also selbst wollen soll, und wenn dann

also der Vertrag gerade durch diesen Willen des Mandatars zur Existenz kommt: so ist doch unzweifelhaft der Mandatar der wahre Kontrahent, und nur eine Fiktion, daß der Wille des Mandatar der Wille des Mandanten, und folglich der Kontrakt des Mandatar der Kontrakt des Mandanten sei, könnte hier zu einem andren Ergebniß führen. Für die Annahme einer solchen Fiktion fehlt es aber nicht nur, wie schon oben bemerkt, an allem praktischen Bedürfniß, sondern auch an jedem Rechtsgrunde, denn das hier immer angeführte Gewohnheitsrecht kann der Natur der Sache nach nur darüber entscheiden, daß im heutigen Rechte der Mandatar sich rechtsgiltig etwas für seinen Mandanten versprechen lassen kann, nicht aber darüber, wie ein solches Verhältniß juristisch zu konstruiren sei. — Müssen wir nun aber hiernach auch dann, wenn der Vertrag unmittelbar auf den Namen des Mandanten gestellt ist, doch den Mandatar als den wahren Kontrahenten ansehen, so müssen hierbei auch natürlich in Betreff des Einflusses, welchen Kenntniß oder Unkenntniß des Mandatar oder des Mandanten auf das Geschäft äußert, ganz dieselben Regeln zur Anwendung kommen, welche das römische Recht für den Fall aufstellt, wenn der Mandatar das Geschäft für sich selbst abschließt (vgl. darüber unten IV. 1. c. S. 299 fg.), und man muß hieran um so mehr festhalten, weil die konsequente Verfolgung des falschen Prinzips, daß der Mandant der wahre Kontrahent sei, zu wesentlichen praktischen Inkonvenienzen hinführt, vgl. auch Thöl a. a. O. Für den Fall, wenn der Vertrag durch einen unbeauftragten Stellvertreter abgeschlossen ist, kommen noch einige besondre Fragen in Betracht. Wenn nämlich auch dann, wenn die Ratihabition wirklich erfolgt, sich Alles gerade so verhält, wie wenn von Anfang an ein Auftrag ertheilt wäre (vgl. §. 88), so fragt es sich doch noch, wie die Verhältnisse vor der Ratihabition und nach verweigerter Ratihabition sich gestalten? Was den ersten Punkt anbelangt, so ist wohl zuzugeben (s. jedoch auch Wächter S. 682. bei Not. 20), daß der Promittent einseitig sein Versprechen nicht zurückziehen darf, vgl. auch l. 24. de neg gest. (3, 5); wenn aber Manche noch weiter gehen, und selbst den contrarius consensus beider Kontrahenten für unwirksam erklären, vgl. z. B. Brinz S. 40, Windscheid I. §. 74. Not. 4, II. §. 313. Not 9, so ist dies gewiß nicht zu billigen, denn wenn auch der Promissar sich Nichts für sich selbst versprechen läßt, so ist er doch jedenfalls vor erfolgter Genehmigung der einzige Kontrahent, s. auch Wächter a. a. O., Buchka S. 211, Bähr in Ihering's Jahrb. VI. S. 288. u. A. m. Wenn vor der Ratihabition der Stellvertreter stirbt oder wahnsinnig wird, so ist dies ohne Einfluß, vgl. auch l. 24. §. 1. rat. rem. hab. (46, 8), während umgekehrt, wenn der Vertretene vorher stirbt, seine Erben kein Recht der Genehmigung mehr haben, denn auf sie ist der Vertrag nicht gerichtet, und als Erben können sie nicht eintreten, weil ihr Erblasser selbst noch kein Recht erworben hatte, vgl. auch Brinz und Buchka a. d. aa. OO.; a. M. Windscheid §. 313. Not. 7. Wenn die Ratihabition nicht erfolgt, so fällt der ganze Vertrag zusammen, und namentlich kann der Promissar die versprochene Leistung nicht für sich selbst in Anspruch nehmen, da ja darauf der Vertrag gar nicht gerichtet war. —

Nach dem Bisherigen steht es fest, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten nach heutigem Rechte dann vollkommen zulässig ist, wenn derselbe durch

einen Stellvertreter des Dritten abgeschlossen ist. Nicht Wenige aber gehen noch weiter, und lassen h. z. T. einen solchen Vertrag, auch über die schon im römischen Rechte begründeten oben zusammengestellten Ausnahmsfälle hinaus, für den Dritten selbst dann wirksam sein, wenn auch von Stellvertretung gar keine Rede sei; vgl insbesondre Beseler, Strippelmann, Busch, Bähr, Zaun a. d. aa. OO., Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 81 fgg., Windscheid II. §. 316, und auch in der Praxis hat diese Ansicht unverkennbaren Anklang gefunden, wie die zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen bei den angeff. Schriftstellern, bes. bei Busch S. 71 fgg., beweisen. Von einem konstanten Gewohnheitsrechte kann aber doch zur Zeit noch ganz und gar keine Rede sein, da nicht nur zahlreiche Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne ebenfalls vorliegen (vgl. z. B. die Nachweisungen bei Windscheid Not. 13. geg. E.), sondern auch die dafür günstigen gerichtlichen Urtheile über die Voraussetzungen und über den Umfang dieses angeblichen neuen Rechtssatzes in sehr beträchtlicher Weise von einander abweichen. M. E. ist bei allen Verträgen zu Gunsten eines Dritten die Alternative unvermeidlich: entweder geht die Absicht der Kontrahenten darauf, daß dem Dritten daraus unmittelbar ein Recht erworben werden soll, oder eine solche Absicht ist nicht erweislich. Im erstren Falle ist der Promissar unverkennbar ein wahrer, wenn auch unbeauftragter, Stellvertreter, und es gelten also natürlich, sobald der Dritte ratihabirt, ganz die vorher dargestellten Grundsätze. Wenn aber eine solche Absicht nicht erweislich ist, so kann ich schlechterdings keinen andren Rechtsgrund für ein Klagerecht des Dritten entdecken, als wirkliche, freiwillige Zession von Seiten des Promissar. An eine fingirte Uebertragung dieses Klagerechts — mag man mit den Meisten eine eigentliche Zession, oder mit Bähr S. 146 fgg. eine blose Bevollmächtigung annehmen —, zu denken, ist m. E. schlechthin unzulässig, weil eine solche Fiktion auch nach der möglichst weiten Ausdehnung doch nur dann möglich ist, wenn die Uebertragung erzwungen werden könnte, und für eine solche Erzwingbarkeit fehlt es hier an jeder Voraussetzung. Eben so wenig aber läßt sich auch ein Klagerecht des Dritten durch die Annahme konstruiren, daß man das Versprechen des Promittenten als ein Vertrags-Angebot an den Dritten anzusehen habe, welches dann durch die Annahme von Seiten des Beantragten zu einem wirklichen Vertrag werde; denn abgesehen von Andrem, was dieser Annahme entgegensteht, scheitert dieselbe schon daran, weil nach der richtigeren Ansicht ein wahrer Antrag nur dem Beantragten selbst gegenüber geschehen kann (s. auch oben §. 603. Anm.), und die Theorie der Auslobung darf dagegen gewiß nicht geltend gemacht werden (vgl. §. 615). Vgl. auch für die hier vertretene Ansicht Buchka S. 187 fgg., Wächter S. 683 fg., Savigny, Oblig. §. 59, Puchta §. 273, Arndts §. 246, Sintenis §. 102. Not. 4, Keller § 232. geg. E. u. A. m.

II. Ein Vertrag, durch welchen Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, in welchem also ein Dritter als Schuldner aufgeführt wird, ist ungiltig, und es kann weder der Dritte, noch auch der Paziszent selbst daraus verpflichtet werden, §. 3. J. de inut. stip.:

„Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat: Titium quinque aureos daturum“, l. 58. §. 1. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Si quis promittat, per alium non fieri (praeter heredem suum), dicendum est, *inutiliter eum promittere factum alienum*“ vgl. §. 21. J. de inut stip, l 38. pr., l. 83. pr. de V. O. Jedoch wird

1) der Promittent selbst verpflichtet, wenn das Versprechen ausdrücklich darauf gerichtet ist, oder doch so ausgelegt werden muß — was offenbar eine quaestio facti ist —, entweder, daß der Promittent für die Handlung des Dritten Sorge tragen, oder, daß derselbe für das Interesse einstehen wolle, vgl. §. 3. J. de inut. stip., l. 14. §. 2. de pec. const. (13, 5), l. 38. §. 24, l. 81. pr., l. 83. pr., l. 112. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 13. 18. 19 rat. rem haberi (46, 8); und außerdem tritt natürlich auch in Beziehung auf eine beigefügte Konventionalstrafe eine Verbindlichkeit desselben ein, §. 21. fin. J. de inut stip., l. 38. §. 2. 4. 13. de V. O. (45, 1).

2) Auch der Dritte kann in einigen Fällen verpflichtet werden. Dies ist nämlich nicht nur dann der Fall, wenn derjenige, welcher einen Vertrag für den Dritten abschließt, als bloser Zwischenträger oder Bote erscheint (s. oben I. 2. b.), sondern nach der vorher (bei I. geg. E.) bemerkten deutschrechtlichen Praxis auch dann, wenn ein wahrer Stellvertreter das Geschäft abschließt, wobei natürlich auch wieder vorausgesetzt wird, daß derselbe vi officii oder vi mandati handelt, oder zwar wohl ohne Auftrag, aber die Ratihabition des Dritten nachfolgt. Wird dagegen im letztren Falle die Genehmigung verweigert, so versteht es sich von selbst, daß der Dritte nicht obligirt werden kann; ob aber der Stellvertreter angegriffen werden dürfe, hängt davon ab, ob der andre Kontrahent von dem Nichtvorhandensein des Auftrags unterrichtet war, oder nicht. Im erstren Falle fällt der ganze Vertrag wie gar nicht geschlossen zusammen, im zweiten aber haftet der Stellvertreter für vollen Schadensersatz und bzw. Erfüllung des Vertrags; über die Konstruktion dieser Haftpflicht vgl. Buchka S. 238, Bähr in Ihering's Jahrb. VI. S. 289 fgg., Laband S. 229 fgg., Windscheid I. §. 74. a. E., II. §. 313. a. E. — Außerdem kann aber auch nach den schon oben (I. 2. e.) angeführten Verordnungen von Justinian gegen den Erben Klage erhoben werden, wenn der Erblasser auf den Namen desselben eine Verbindlichkeit kontrahirt hat.

III. Wenn in dem Vertrage zugleich eine Beziehung auf den Paziszenten und einen Dritten vorkommt, so ist zu unterscheiden:

1) Wenn sich Jemand Etwas für sich und einen Andren versprechen läßt, so geschieht dies entweder alternativ oder kopulativ. Im erstren Falle („mihi *aut* Titio“) gilt der Dritte der Regel nach als solutionis causa adjectus (s. oben §. 582. Anm. 2), obgleich doch auch ausnahmsweise eine andre Auslegung dieses Vertrags möglich ist (s. die zit. Anm. a. E. S. 168). Im zweiten Falle („mihi *et* Titio“) erwirbt der Dritte kein Recht. Ob aber der Promissar das Ganze oder nur die Hälfte fordern könne, war unter den römischen Juristen streitig, Gai. III. 103, während nach der im Korpus juris rezipirten Ansicht das Letztre angenommen werden muß, §. 4. J. de inut. stipul.,

l. 110. pr. de V. O. Daß auch in dieſem Falle dann, wenn der Promiſſar als Stellvertreter des Dritten den Vertrag abſchließt, das oben bei I. beſprochene Gewohnheitsrecht zu einer andren Entſcheidung hinführen muß, verſteht ſich von ſelbſt.

2) Wenn der Promittent theils ſich, theils einen Andren als Schuldner bezeichnet hat, ſo findet ſich hinſichtlich des Konſtitutum die Verordnung, daß wenn dies alternativ geſchehen ſei, der Promittent auf das Ganze, wenn es kopulativ geſchehen ſei, er nur für die Hälfte obligirt ſein ſoll, der Dritte aber natürlich immer ungebunden bleibt, Nov. 115. c. 6, und dieſe Entſcheidung muß analog gewiß auch bei andren Verträgen in Anwendung kommen, vorausgeſetzt natürlich, daß der Promittent nicht Stellvertreter des Dritten iſt (ſ. II. 2).

IV. Wenn in dem Vertrage blos eine Beziehung auf die Paziszenten ſelbſt vorkommt, ſo iſt es dennoch möglich, daß ein Dritter daraus berechtigt oder verpflichtet wird.

1) Aus einem ſolchen Vertrage können für einen Dritten Rechte entſtehen in folgenden weſentlichen Fällen:

a) Während nach älterem römiſchem Rechte dann, wenn ein Hausſohn ſich Etwas vertragsweiſe verſprechen ließ, daraus immer unmittelbar ein Klagerecht für den Vater begründet wurde, nicht viel anders, als wenn der Vater ſelbſt den Vertrag abgeſchloſſen hätte, Gai. III. 87, l. 45. pr. de V. O. u. ſ. w., ſo muß ſich dies begreiflich nach der neueren Ausbildung des Pekulienrechts, wornach ja der Sohn regelmäßig für ſich ſelbſt erwirbt, anders verhalten, vgl. auch §. 1. J. per quas pers. nob. acqu. (2, 9), pr. J. per quas pers. nob. oblig. acqu. (3, 28). Die näheren Beſtimmungen hierüber ergeben ſich von ſelbſt aus den Grundſätzen über die verſchiedenen Arten der Pekulien, vgl. §. 232 fgg.

b) Wenn der Vormund Verträge in Beziehung auf das Vermögen des Mündels abſchließt, ſo ſteht dieſem daraus eine utilis actio zu, indem die durch die actio tutelae erzwingbare Zeſſion als geſchehen angenommen wird. Anfangs ſcheint man dies freilich nur dann angenommen zu haben, wenn der Vormund aus Noth ſelbſt paziszirte, weil der Mündel noch infans oder weil er abweſend war, l. 9. pr. de adm. tut. (26, 7); aber in der ſpäteren Zeit wurde dies generaliſirt, vgl. l. 26. de R. C. (12, 1), l. 52. pr. de peculio (15, 1), l. 2. quando ex fact. tut. v. curat. minores agere v. conveniri possunt. (26, 9), l. 2. 4. C. eod. Vgl. auch Schmid, Zeſſ. I. S. 396 fgg.

c) Wenn ein Mandatar einen Vertrag zwar im Auftrag des Mandanten, aber in eignem Namen abſchließt (für welchen Fall Ihering I. S. 312 fgg. von einem Vertragsabſchluß durch einen Erſatzmann redet, während Siegel ebendaſ. S. 350. Anm. den Ausdruck: ſtiller Stellvertreter, und Scheurl ebendaſ. II. S. 19. den Namen: Zwiſchenperſon vorſchlägt), ſo gilt auch noch im Juſtinianiſchen Rechte die Regel, daß daraus unmittelbar nur der Mandatar als eigentlicher Kontrahent die Klage erwirbt, und der Mandant dieſelbe nicht anders anſtellen kann, als wenn ſie ihm zedirt iſt, vgl. z. B. l 49. §. 2. de acqu. v. am. poss. (41, 2):

Papinian. „— — evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur“, l. 72. de procurat. (3, 3). Zwar sagt derselbe Papinian in l. 68. de procurat. (3, 3):

„Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, *invito procuratore dominus petere potest*“;

aber es kann aus innern und äußeren Gründen nicht bezweifelt werden, daß auch hier ein *non* eingeschoben werden muß, vgl. namentlich Basil. VIII. 2. 65, *Cujac.*, comm. in lib. III. Resp. Papin. ad l. 68. cit. (in opp. IV. p. 916 sqq.), Mühlenbruch, Zession S. 136 fgg., Buchka S. 55 fgg., s. jedoch auch Dernburg a. a. O. S. 15 fgg., Schmid, Zess. I. S. 410 fgg. Nur ausnahmsweise soll auch ohne wirkliche Zession dem Mandanten causa cognita eine utilis actio eingeräumt werden, und zwar kommt dies vor bei dem procurator *militis*, l. 26. de R. C. (12, 1), vgl. l. 8. C. de R. V. (3, 32), bei dem procurator *praesentis*, l. 79. de V. O. (45, 1), wenn der Prokurator Stipulationen vor dem Magistrate abschließt, l. 5. de stipul. praetor. (46, 5), vgl. l. 27. §. 1, l. 28. de procur. (3, 3), l. 1. §. 16. de magistr. conv. (27, 8), l. 18. §. ult. de damno inf. (39, 2), l. 4. pr rem pupilli salvam fore (46, 6), und endlich auch allgemeiner zur Aushülfe dann, wenn der Mandant ohnedies zu Schaden kommen würde, l. 1. §. 18. fin. de exerc. act. (14, 1), l. 1. fin. in Verbindung mit l. 2. de instit. act (14, 3), l. 13. §. 25. de act. emt. vend. (19, 1), l. 5. fin. de stip. praet. (46, 5). Vgl. jedoch auch die mehrfach abweichende Darstellung von Schmid a. a. O. S. 389 fgg. bes. S. 407 fgg. Eine sehr verbreitete Praxis setzt sich aber über diese Schranken des römischen Rechts hinaus, und gibt dem Mandanten ganz allgemein ein unmittelbares Klagerecht aus den Verträgen, die sein Geschäftsführer in seinen Angelegenheiten abgeschlossen hat. — Da übrigens immer der Mandatar der eigentliche Kontrahent ist, so fordert es die Konsequenz, daß namentlich auch in Betreff des Einflusses des Irrthums und der Unwissenheit auf das Geschäft der Regel nach nur die Person des Mandatars in Betracht gezogen werden darf, obwohl doch auch der Umstand, daß das durch einen Stellvertreter abgeschlossene Geschäft seine Wirkungen auch auf den Mandanten erstreckt, begreiflich nicht ohne allen Einfluß bleiben kann. Man muß hier unterscheiden. Wenn bei einem Geschäfte ein rechtlicher Anspruch dadurch bedingt ist, daß ein Kontrahent einen gewissen Umstand nicht kennt, und 1) der Mandatar kennt denselben, so ist jener Anspruch niemals begründet, ohne alle Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen des Mandanten, l. 5. pr. de tribut. act. (14, 4).

Ulp. „Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus“,

l. 51. §. 1. de aedil. ed. (21, 1):

African. „Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit“.

[Für den ſpeziellen, dem praktiſchen Rechte nicht mehr angehörigen Fall der actio in factum gegen einen freien Menſchen, welcher ſich wiſſentlich als Sklaven verkaufen läßt, vgl. l. 14 sqq. de liber causa (40, 12), ſcheint übrigens eine Kontroverſe unter den römiſchen Juriſten geweſen zu ſein. Dieſe Strafklage gegen den angeblichen Sklaven fällt nämlich begreiflich dann hinweg, wenn der Käufer wußte, daß er einen Freien kaufte, l. 16. §. 2. eod., und da behauptet nun Ulpian, offenbar in Folge unſres obigen Grundſatzes, daß dann, wenn der Mandatar Kenntniß davon hatte, der Mandant niemals die Strafklage anſtellen dürfe, l. 16. §. 3, l. 22. §. 5. eod., während Paulus in l. 17. eod. dem betrogenen Mandanten allerdings die actio in factum einräumt („contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda"). Man hat bald durch Interpretation (vgl. namentlich Puchta, Lehrb. §. 275. not. a. und Vorleſ. ad h. l.), bald durch Textveränderung (vgl. darüber die Nachweiſungen bei *Schult.* und *Smallenb.* ad l. 17. cit. tom. VI. p. 235, und in neueſter Zeit Mühlenbruch, Zeſſion S. 127. und Buchka a. a. O. S. 60) dieſe Antinomie zu beſeitigen verſucht, aber m. E. ohne Erfolg. Ueber das Gebiet jener actio in factum hinaus ſcheint ſich aber dieſe Kontroverſe nicht erſtreckt zu haben, und bei jener Delikts-Klage läßt ſich auch in der That unbeſchadet der Konſequenz, Vieles für die Meinung von Paulus ſagen]. — Wenn aber 2) der Mandatar jenen Umſtand nicht kennt, ſo iſt für ſeine Klage gegen den andren Kontrahenten die Kenntniß des Mandanten ganz einflußlos, vgl. l. 51. §. 1. de aed. ed., wo Afrikan in unmittelbarem Anſchluß an die oben ausgezogenen Worte fortfährt:

„at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit, et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam".

[Nach der handſchriftlichen Leſart der l. 17. de liber. causa hat auch in dieſer Beziehung bei der oben erwähnten actio in factum Paulus ein andres Prinzip befolgt: „et non competet ei actio"; aber aus dem ganzen Zuſammenhang geht hervor, daß hier nicht von der Klage des Stellvertreters, ſondern von der Klage des Mandanten die Rede iſt, und Paulus alſo gewiß geſchrieben hat: „et non competet *mihi* actio"; vgl. auch Basil. XLVIII. 8. 17: „οὐκ ἔχω ἀγωγήν"]. Tritt aber in einem ſolchen Falle der um den Umſtand wiſſende Mandant als Kläger auf, ſo kann deſſen Klage allerdings durch eine wirkſame exceptio doli zurückgewieſen werden, l. 13. de contr. emt. (18, 1):

Pompon. „Sed si servo meo vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est",

vgl. auch l. 16. §. 4, l. 17. de liber. causa (40, 12).

d) Wenn ein Erbſchaftsbeſitzer für Forderungen der Erbſchaft ein Konſtitutum abſchließt, oder ſich Bürgen beſtellen läßt, ſo ſtehen die Klagen daraus auch dem Univerſal-Fideikommiſſar, oder im Falle einer Erbſchafts-Eviktion dem wahren Erben zu, l. 22. de pec. const. (13, 5), l. 21. pr. de fidejussorib. (46, 1).

e) Endlich iſt hier noch die allgemeine Regel zu bemerken, daß auch

ein Dritter sich dann auf den Vertrag berufen kann, wenn dies nöthig ist, um das Vertragsrecht des eigentlichen Paziszenten zu schützen, l. 23. de pact. (2, 14):

> *Paul.* „: um alio conventio facta prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat".

und eine interessante Anwendung davon haben wir schon oben in der Lehre von den Korreal-Obligationen kennen gelernt (s. oben S. 94 fgg.).

2) Es können aber aus einem solchen Vertrage auch Verbindlichkeiten für einen Dritten entstehen, und zwar sind hier folgende Fälle zu bemerken:

a) Wenn ein Hauskind Schulden kontrahirt, so kann deßhalb unter Umständen gegen den Vater Klage erhoben werden, nämlich im Falle eines Befehls, wegen Konzession eines peculium (profecticium) und wegen versio in rem, vgl. Bd. I. §. 240 fgg.

b) Wenn ein Mandatarius in Folge des Auftrags Verbindlichkeiten übernimmt, so konnte ursprünglich nur in den Fällen der actio *exercitoria* und *institoria*, später aber allgemein mittelst der actio *quasi institoria* gegen den Geschäftsherrn geklagt werden, vgl. darüber unten §. 661.

c) Wenn ein Vormund in vormundschaftlichen Angelegenheiten Verträge abschließt, so kann daraus nach beendeter Vormundschaft mittelst einer actio utilis gegen den gewesenen Pflegling geklagt werden, l. 4. §. 1. de evict. (21, 2), l. 12. §. 1. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 8. quando ex fact. tut. (26, 9), l. 18. §. 2. ut legator. (36, 3), l. 3. C. quando ex fact. tut. (5, 39), l. 26. C. de adm. tut. (5, 37). Hätte sich der Vormund dabei eines Dolus schuldig gemacht, so haftet der Mündel nur, soweit er bereichert ist, l. 15. pr. de dol. mal. (4, 4), l. 3. §. 1. de trib. act. (14, 4), l. 13. §. 7. de act. emt. vend. (19, 1), l. 3. quando ex fact. tut. (26, 9).

d) Hierher gehört auch der Fall der l. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26), wonach unter Umständen derjenige, welcher einen Vertrag mit dem negotiorum gestor Jemandes abgeschlossen hat, unmittelbar gegen den dominus negotiorum Klage erheben kann (s. oben §. 243.)

e) Wenn ein Miteigenthümer den übrigen sociis verspricht, daß er innerhalb bestimmter Zeit nicht auf Theilung bringen wolle, so ist auch der Singular-Successor desselben an diesen Vertrag gebunden, l. 14. §. 3. comm. divid. (10, 3), l. 16. §. 1. pro soc. (17, 2),

f) Endlich gehören hierher auch die schon oben berührten Fälle, in denen ein durch die Majorität der Gläubiger abgeschlossener Nachlaß- oder Stundungs-Vertrag auch für die Minorität bindend ist, vgl. §. 583. und §. 586.

B. Mittelbare Wirkungen.

a) Verpflichtung zur Gewährleistung.

aa) Gewährleistung wegen heimlicher Mängel. §. 609.

Dig. XXI. 1. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti

minoris, Cod. IV. 58. de aediliciis actionibus. — Glück XX. S. 1 fgg. und die dort S. 14. Not. 51. Angeff. (unter denen beſonders *Donell.*, comm. ad tit. de aedil. edicto, in opp. X. p. 1293 sqq. hervorzuheben iſt), Neuſtetel in deſſen und Zimmern's römiſch-rechtl. Unterſuchungen Nr. 9. S. 155 fgg., Unterholzner im zivil. Arch. VI. 3. S. 60 fgg., Geſterding in der Gießer Zeitſchrift VI. 1. (auch in deſſen Ausb. von Nachforſch. Bd. VI. Abth. 2. S. 1. fgg.), Kritz, Pandektenrecht Th. I. Bd. 3. S. 176 fgg., Herrmann in Gieß. Zeitſchr. N. F. VII. S. 435 fgg., VIII. S. 104 fgg., *Meissner* Edicti Aedil. praecepta quatenus ultra ipsa Edicti verba locum habeant. Lips. 1862. — Koch II. S. 422 fgg., Unterholzner II. S. 264 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 606 fgg., *Molitor* II. p. 70 sqq. p. 125 sqq., Thöl, Handelsr. I. §. 82 fgg., Windſcheid, Lehrb. II. §. 393 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Ajunt Aediles: *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit; eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset; quod ejus praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem tradionemque deterius emtoris opera familiae procuratorisve ejus factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis conscisendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intrommissus fuerit, ea omnia in venditione pronuncianto; ex his enim causis judicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus.* — Vgl. auch noch *Ulp.* l. 25. §. 9. eod.: Praeterea in Edicto

adjicitur sic: *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data fuerit, non reddetur, cujusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.*

2) *Item* l. 38. pr. §. 5. eod.: Aediles ajunt: *Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit; utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine restituendis, in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus. Si jumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur. — Quae de jumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto.*

3) *Gai.* l. 28. eod.: Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

4) *Ulp.* l. 1. §. 2. eod.: Causa hujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

5) *Pompon.* l. 48. §. 8. eod.: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. Glück S. 45 fg., *Meissner* cit. p. 23. sqq. Vgl. auch Bas. XVIII. 6. 2. schol. 19. bei Zachar. supplem. Bas. p. 238.

Anm. 1. Ueber die beſtrittene Frage, ob die Aedilitiſchen Klagen auch bei dem Genuskaufe anwendbar ſeien? vgl. Bekker in ſein. Jahrb. V. S. 401 fgg. und die dort Zitirten, und dazu noch Seuffert, praft. Pand. 4 Ausgabe II. §. 266 geg. E. S. 87 fgg. u. Windſcheid, II. §. 394 geg. E. Not. 18 fgg. M. E. iſt die Frage unbedenklich zu bejahen, da ich aus der beſondren Natur dieſer Geſchäfte keinen inneren Grund entdecken kann, der uns nöthigte, die

Geltung des Aedil. Edikts dabei auszuschließen. Ich räume zwar (in diesem Punkte abweichend von Bekker) vollständig ein, daß der Käufer hierin, anders wie bei einem Spezieskaufe, auch das Recht hat, die Annahme der fehlerhaften Sache zu verweigern, und eine anderweite Leistung zum Zweck wirklicher Vertragserfüllung, und außerdem auch noch Ersatz etwaigen Schadens zu fordern; aber daß dieses das einzige Recht des Käufers sei, kann ich nicht zugeben. Vielmehr hat der Käufer m. E. auch unzweifelhaft das Recht, die Leistung als das anzunehmen, als was sie ihm vom Verkäufer gemacht ist, als Erfüllung des Vertrags, und thut er dies, so gestaltet sich nun Alles gerade so, als wenn der Vertrag von Anfang an gerade diese individuelle Sache zum Gegenstande gehabt hätte, woraus von selbst die Anwendbarkeit der Aedilitischen Grundsätze hervorgeht. Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß in der Annahme der Leistung keine Billigung der Waare enthalten ist, denn in diesem Falle würden freilich die Aedilitischen Klagen durch Verzicht ausgeschlossen sein. Vgl. auf Seuffert's Arch. XIX. 131.

Anm. 2. Was das Verhältniß des Aedilitischen Edikts zum Zivilrechte anbelangt (vgl. darüber bes. *Donell.*, Neustetel und Unterholzner a. d. aa. OO. und außerdem Herm. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 86 fgg.), so kommen dabei folgende Hauptpunkte in Betracht.

I. Das Aedilitische Edikt verpflichtet den Verkäufer nur, wegen vitia *corporis*, und wegen einiger wenigen im Edikte besonders genannten (vgl. T. 1.) vitia animi einzugestehen, während die übrigen zahlreichen Fehler der letztren Art schlechthin durch das Edikt nicht berührt werden, l. 1. §. 9–11, l. 2. 3. 4. pr. §. 1—4., l. 65. h. t. Viel umfassender ist dagegen die Verpflichtung nach Zivilrecht, indem darnach der Verkäufer nicht weniger wegen sämmtlicher vitia animi wie wegen vitia corporis haftet, l. 1. §. 9. 10, l. 4. pr. §. 4. h. t. Zu bemerken ist jedoch, daß von dieser ganzen Unterscheidung zwischen vitia corporis und animi nur bei Sklaven die Rede ist, indem die Unarten und Tücken der Thiere als vitia corporis behandelt, und demnach allerdings unter das Aedil. Edikt subsumirt werden, obwohl dies unter den römischen Juristen nicht unbestritten war, l. 4. §. 3, l. 38. §. 9, l. 43 pr. h. t., *Harmenop.* III. 3. 63. Die von Neustetel a. a. O. besonders wegen Harmenop. cit. vertheidigte Meinung, daß bei Seelenfehlern von Thieren unterschieden werden müsse, ob sie dem Gebrauch im Wege ständen oder nicht, wornach dann im ersteren Falle die actio redhibitoria, im zweiten aber nur die actio quanti minoris Statt finde, widerspricht eben so sehr der Natur der Sache, als den Justinianischen Rechtsquellen, vgl. dagegen bes. Unterholzner S. 70 fgg. Not. 27.

II. Während in Beziehung auf die zu prästirenden Fehler das Zivilrecht weiter geht, als das Edikt, verhält sich dies umgekehrt in Betreff der subjektiven Voraussetzungen. Nach Zivilrecht steht nämlich der Verkäufer für Fehler der verkauften Sache blos dann ein, wenn er dies besonders versprochen, oder wenn er dieselben wissentlich verschwiegen hat, vgl. bes. Cic. de offic. III. 16. 17. Die Aedilitischen Klagen dagegen sind vollständig auch dann begründet, wenn der Verkäufer nichts von den Fehlern wußte, vgl. T. 4, denn das Edikt setzt nichts voraus, als daß sich Fehler vorfinden, welche der Verkäufer nicht angezeigt

hat. — Freilich läßt sich nicht in Abrede stellen, daß in unsern Quellen auch die Kontraktsklage (die actio emti) in solchen Fällen erwähnt wird, in denen der Verkäufer nichts von den Fehlern wußte, vgl. bes. l. 13. pr. §. 1 de act. emt. (19, 1), und Neustetel a. a. O. S. 160 fgg. hält sich deßhalb für berechtigt, anzunehmen, daß auch schon nach früherem Zivilrechte der mit den Fehlern unbekannte Verkäufer verhaftet gewesen, und die actio quanti minoris nicht eine Aedilitische, sondern vielmehr eine Zivilklage sei, eine actio *emti* quanti minoris. Die richtigere, besonders von Unterholzner und Keller a. b. aa. OO. vertheidigte Meinung ist aber vielmehr die, daß die Neuerungen des Aedilitischen Edikts später durch Vermittelung der römischen Jurisprudenz auch auf die zivilen Kontraktsklagen übertragen wurden, was ja namentlich bei einer actio bonae fidei sehr leicht anging, „ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire", l. 31. §. 20. h. t., und daß dies wirklich der Gang der Rechtsbildung war, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß die actio emti, sofern sie gegen den venditor ignorans angestellt wird, sich unverkennbar eng an die Bestimmungen des Aedilitischen Edikts anschließt. Denn nicht nur, daß die Kondemnation in solchem Falle nicht auf das ganze Interesse, sondern nach dem Vorbild der actio qu. minor. nur auf die *vera rei aestimatio* geht, l. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), vgl. l. 45. de contr. emt. (18, 1), so ist von dieser actio emti auch nur dann die Rede, wenn die verkaufte Sache gerade mit ediktmäßigen Fehlern (vitia corporis) behaftet ist, und wenn Fehler anderer Art vorliegen, so kann die Kontraktsklage bloß gegeu den dolosen Verkäufer gebraucht werden, l. 1. §. 9. 10, l. 4. pr. §. 4. h. t., l. 13. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1). Finden wir nun hiernach, daß die actio emti gegen den ignorans venditor gänzlich der Aedilitischen actio qu. minor. nachgebildet ist, und folglich dabei nicht die Grundsätze des Zivilrechts, sondern des Aedil. Edikts in Anwendung kommen, so kann es keinen Anstand finden, daß auch in solchen Beziehungen, die nicht speziell in den Gesetzen genannt sind, wie namentlich in Beziehung auf Verjährung, die Aedilitischen Prinzipien dabei Platz greifen müssen. Vgl. auch Sintenis a. a. O. Anm. 79. u. 99, Schäffer in Gieß. Zeitsch. N. F. VIII. S. 269 fgg., Windscheid, Voraussetzung S. 111 fgg., Lehrb. §. 393. Anm. 1, Mommsen, Beiträge II. S. 282 fgg. Anm. 9.

III. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Zivilrechte und dem Aedilitischen Edikte betrifft die Wirkungen der Klagen. Die actio emti geht nämlich begreiflich nie auf etwas Andres, als auf Schadensersatz, sei es nun, nach dem unter der vorigen Nummer Bemerkten, daß dabei das gesammte id quod interest, oder nur die vera rei aestimatio in Betracht kommt. Ganz anders dagegen nach dem Aedilitischen Edikte. Darnach kann zwar der Käufer allerdings auch in gewissem Sinne auf Schadensersatz klagen, wenn er nämlich die actio qu. minor. s. aestimatoria gebraucht, denn er verlangt in diesem Falle verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises, vgl. Hoffmann im prakt. Arch. IV. S. 181 fgg., Bähr das. VII. S. 67 fgg. (wo auch die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Tauschvertrag entwickelt wird), Windscheid, §. 394 Anm. 1; aber es kann auch der Käufer, wenn er es vorzieht, die Auflösung

des ganzen Vertrags herbeiführen, vermittelst der actio redhibitoria, und diesen letztren Zweck kann er, wie gesagt, niemals durch die actio emti erreichen. Wenn dennoch Ulpian in l. 11. §. 3. de act. emt. vend. (19, 1) sagt:

„Redhibitionem quoque contineri emti judicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus“,

so darf dies nicht so aufgefaßt werden, daß der Käufer mit der actio emti unmittelbar auf Redhibition klagen könne, sondern der wahre Sinn ist nur, daß möglicher Weise auch im Gefolge der auf das Interesse gerichteten actio emti eine Auflösung des Vertrags erfolgen könne, wenn nämlich der ganze Handel wegen des vom Verkäufer verheimlichten Fehlers für den Käufer völlig unnütz wird, und also sein Interesse nur eben dadurch gewahrt werden kann, daß der Handel wieder rückgängig gemacht wird, gerade so, wie ja selbst auch in Folge der ästimatorischen Klage möglicher Weise eine Redhibition eintreten kann, l. 25. §. 1. de exc. rei judic. (44, 2):

Julian. „Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur quanti minoris homo, quum veniret, fuerit; *nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit*“,

l. 43. §. 6. h. t.; vgl. auch oben S. 274 fg. — Noch wird in l. 44. §. 1. h. t. eine anderweite spezielle Verschiedenheit zwischen der Kontraktsklage und den Aedilitischen Klagen bemerklich gemacht. Während nämlich dann, wenn mehrere Verkäufer vorhanden sind, die actio emti immer nur gegen die Einzelnen nach Maaßgabe ihres Sozietäts-Antheils angestellt werden kann, dürfen die Aedilitischen Klagen auch gegen Einen von ihnen angestellt werden, sofern nur dessen Antheil nicht kleiner ist, als der der Uebrigen. Freilich läßt sich wegen der singulären vom Juristen zugefügten ratio viel dafür sagen, daß dies nur eine Eigenheit für den Fall sei, wenn der Verkauf von einer Gesellschaft von Sklavenhändlern (venaliciarii) ausgeht, „nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est“. S. jedoch auch Ribbentrop, Korreal-Obl. S. 161 fgg.

IV. Die Aedilitischen Klagen finden nur bei dem Kaufgeschäfte Statt, l. 63. h. t.:

Ulp. „Sciendum est, ad *venditiones solas* hoc Edictum pertinere“, und außerdem noch bei dem, dem Kaufe in so vielen Beziehungen sich anschließenden Tauschvertrag, l. 19. §. 5. h. t., l. 2. de rer. permut. (19, 4) und wohl unzweifelhaft auch aus demselben Grunde bei der Hingabe an Zahlungs Statt, s. auch Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 114 fgg., aber nicht auch bei andren Kontrakten, vgl. l. 62. 63. h. t. Die Kontraktsklage kann dagegen wegen heimlicher Mängel unbedenklich bei allen contractus bonae fidei zur Anwendung kommen, wobei nur zu beachten ist, daß dabei nur die Grundsätze des Zivilrechts entscheiden, und eine Einwirkung der Aedilitischen Prinzipien in keiner Weise nachgewiesen werden kann.

V. In Betreff der Gegenstände ist im neuern römischen Rechte kein Unterschied mehr zwischen dem Zivil- und dem Aedilitischen Rechte. Obwohl

nämlich das Edikt selbst blos von Sklaven und Vieh sprach, so wurden doch die Grundsätze desselben auf alle Arten von Sachen, bewegliche wie unbewegliche, angewandt, l. 1. pr. h. t.:

Ulp. „Labeo scribit, edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse, *tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes*“,

l. 63. eod.:

Ulp. „Sciendum est, ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, *non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum*“,

vgl. l. 49. eod. (fundus pestilens), l. 6. §. 4. de act. vend. (vas non integrum), l. 13. pr. eod. (tignum vitiosum), l. 4. C. h. t. (fundus pestibilis). Ganz abweichend ist die Ansicht von Gans im ziv. Arch. II. S. 112 fgg. Indem er davon ausgeht, daß schon das ältere Zivilrecht für Grundstücke wesentlich dasselbe verordnet habe, was durch das Aedilitische Edikt für Sklaven und Vieh bestimmt sei, so daß also das Edikt sich nur als eine Ausdehnung des Zivilrechts charakterisire, hält er es für sich von selbst verstehend, daß diese Ausdehnung nicht wieder durch die römischen Juristen habe ausgedehnt werden können; und wenn es doch in l. 1. pr. h. t. heiße, das Edikt handle de venditionibus rerum tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes, so sei dies auch ganz richtig; die *res soli* seien das ursprüngliche, schon durch das Zivilrecht normirte Objekt gewesen, die *res se moventes* seien die Sklaven und das Vieh, wovon ja das Edikt unmittelbar spreche, und die *res mobiles* seien von den Pekulien und Accessionen der Sklaven und Grundstücke zu verstehen. Richtig verstanden spreche also die l. 1. cit. durchaus nicht von einer Ausdehnung des Edikts, eben so wenig, wie die l. 49. h. t. und l. 4. C. h. t., in welchen Stellen man „spaßhaft genug“ eine Ausdehnung des Edikts erblicken wolle, während sie umgekehrt das enthielten, woran sich das Edikt erst angereiht habe. „Das kurze praktische, noch heute höchst wichtige Resultat dieser historischen Untersuchung sei nun das: die redhibitorischen Klagen gehen nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebst ihren Accessionen und Pertinenzien“. Abgesehen davon, daß Gans wichtige Quellenzeugnisse ganz ignorirt, wie namentlich die so sprechende l. 63. h. t., und daß er offenbar das wahre Verhältniß des Aedilitischen Edikts zum Zivilrechte gänzlich verkennt: so ist auch die Interpretation, die er von der l. 1. cit. gibt, so augenscheinlich verkehrt, daß eine ernstliche Widerlegung fast lächerlich sein würde; vgl. auch Neustetel S. 210 fgg., Thibaut im ziv. Arch. V. S. 350 fgg., Unterh. a. a. O. S. 76 fgg. — Wenn nun jetzt auch Alle, ungeachtet der Einwendungen von Gans, zugeben, daß das Edikt auf alle Arten von körperlichen Sachen auszudehnen sei, so hat doch neuerlich Busch im ziv. Arch. XXVI. S. 225 fgg. nachzuweisen versucht, daß eine solche Ausdehnung nicht unbedingt geschehen dürfe, sondern bei andren Sachen, als Sklaven oder Vieh könne der ignorans venditor nur dann wegen heimlicher Mängel angegriffen werden, wenn seine *ignorantia* unentschuldbar sei. Eine unbedingte Ausdehnung des Edikts sei nämlich darum unmöglich, weil dasselbe ja bei Sklaven und Thieren bestimmte Fehler einzeln aufgeführt habe, was doch unmöglich bei andern Sachen zu dem Satze

habe führen können, daß bei ihnen der Verkäufer für alle Fehler verantwortlich sein solle. Da nun aber doch die römischen Juristen bei jenen ediktmäßigen Fehlern der Sklaven und Thiere den Grund der aedilitischen Vorschriften in einer unentschuldbaren ignorantia des Verkäufers gesucht hätten — „nec est hoc iniquum, *potuit enim ea nota habere venditor*", l. 1. §. 2. h. t. —, so könne man für andere Sachen auch nur im Falle einer solchen unentschuldbaren Unwissenheit analoge Anwendung vom Edikte machen. Offenbar geht aber Busch von der völlig irrigen Voraussetzung aus, daß bei Sklaven und Thieren nur bestimmte einzelne Fehler ediktmäßig seien. Dies ist nämlich nur bei vitia *animi* der Fall — von denen ohnedies bei leblosen Sachen keinerlei analoge Ausdehnung denkbar ist —; für vitia *corporis* stellt aber sowohl das Edikt für Sklaven, als das für Thiere, ohne irgend einzelne vitia besonders zu nennen, den ganz allgemeinen Grundsatz auf, daß der Verkäufer deßhalb verantwortlich sein solle; und dieser ganz allgemeine Grundsatz muß dann unbedenklich auch auf leblose Sachen angewendet werden. Nur versteht es sich von selbst, daß dieselben Schranken, welche bei Sklaven und Vieh durch die römische Doktrin angenommen wurden, auch bei leblosen Sachen Platz greifen müssen; und so muß also namentlich ein wirkliches *vitium*, nicht etwa blos ein Mangel einer guten Eigenschaft vorliegen, und dieses vitium muß auch relevant, also auf den Gebrauch der Sache von Einfluß sein; und hält man diese Schranken fest, so heben sich dadurch auch von selbst die praktischen Bedenken, welche Busch S. 228 fgg. gegen die unbedingte Anwendung des Edikts auf andre Sachen vorbringt. Vgl. auch H. Keller in Sell's Jahrbb. III. S. 345 fgg., *Meissner* l. c. p. 29 sqq.

VI. Eine eigne, dem Zivilrecht fremde Bestimmung enthält das Edikt in Betreff der *ornamenta* der Thiere, l. 38. pr. h. t.:

> „utique [jumenta] optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur, si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis jumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta — — — judicium dabimus";

vgl. l. 38. §. 11. eod. Man hat neuerlich diese Worte so auslegen wollen: wenn durch aufgelegte Zierrathen dem Thiere ein besseres Ansehen gegeben worden ist, so muß gewährt werden, daß es wirklich so beschaffen ist, wie es erscheint, und geschieht dies nicht, so kann der Käufer darauf klagen, daß ihm der durch den künstlichen Schein entstandene Schaden vergütet (— das sollen die Worte: *de ornamentis restituendis* bedeuten! —), oder daß der Handel wieder rückgängig gemacht werde; vgl. Mühlenbruch, Lehrb. §. 400. bei Not. 18, und Keller a. a. O. S. 132 fgg. S. 138. S. 152. Not. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß diese Auslegung eben so sehr mit den Worten der Aedilen im Widerspruch steht, als sie zu ganz unpraktischen Resultaten hinführt, denn wie soll wohl der Werth des durch die Auflegung der Ornamente künstlich hervorgebrachten Scheins taxirt werden können? Der wahre Sinn jener Worte ist augenscheinlich der: wenn dem Thiere zur Zeit, als es verkauft wurde, besondre Zierrathen aufgelegt waren, so gelten diese als Zubehör, und müssen dem Käufer mit übergeben werden; geschieht dies nicht, so kann derselbe innerhalb 60 Tagen,

entweder auf Nachlieferung jener Zierrathen, oder auf Redhibition Klage erheben. Wenn Neustetel S. 202. die Worte: de ornamentis restituendis etc. so auslegen will: „innerhalb 60 Tagen soll das Geschirr, wenn es schlechter geliefert worden ist, zurückgegeben, auch zugleich innerhalb dieser Frist deßhalb das Lastthier redhibirt werden können, und wenn er diese Auslegung durch die Bemerkung rechtfertigen will, daß *restituere* niemals so viel als *tradere* bedeute: so ist dies ein offensichtliches Mißverständniß, vgl. auch Unterholzner S. 85. Not. 49. Sollte unsre Auslegung noch einer besondern Stütze bedürfen, so kann dafür Basil. XIX. 10. 34. bei Heimb. II. p. 309. (nach Fabrot. XIX. 10. 8. tom. II. p. 400) angeführt werden, wo der Inhalt des Edikts nach der völlig treuen Uebersetzung Heimbachs so lautet: „Qui jumenta vendit, morbos eorum vitiaque dicat, *et ornatum vendendi causa iis impositum praestet.* Qui hoc non facit, *de ornamentis praestandis* (εἰς μὲν τὸ δοῦναι τὸν κόσμον), vel de jumentis *ornamentorum non datorum nomine* recipiendis intra dies sexaginta convenitur"; vgl. auch *Eustath.* cap. 14. nr. 4. bei Zachar. p. 147.

VII. Eine andere eigenthümliche Vorschrift des Aedil. Edikts ist die, daß der Käufer eines Sklaven vom Verkäufer die *stipulatio duplae* verlangen kann, d. h. der Verkäufer muß dem Käufer versprechen, daß er das Doppelte ersetzen wolle, wenn sich ediktmäßige Fehler an dem Sklaven vorfinden sollten, l. 14. C. de act. emt. vend. (4, 49):

> *Dioclet.* et *Maximian.* „Emtor servorum recte de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse aut noxa solutos repromitti sibi recte postulat";

vgl. l. 31. de evict. (21, 2) und nach l. 37. §. 1. fin. de evict. (21, 2) hat es den Anschein, daß diese durch das Aedil. Edikt geforderte Kaution sich auch auf die Eviktionsleistung erstrecken muß, vgl. jedoch auch *Donell.* ad tit. de V. O. ad l. 5. nr. 27 sqq. (in opp. XI. p. 521 sqq.). Uebrigens kommt diese Kaution auch bei dem Viehverkauf vor, l. 11. §. 4. de act. emt. vend. (19, 1):

> *Ulp.* „Animalium quoque venditor cavere debet, ea sana praestari, et qui jumenta vendidit, solet ita promittere: esse, bibere, ut oportet",

während eine weitere Erstreckung auf andre Sachen sich aus unsren Quellen nicht beweisen läßt. — Obwohl nun aber diese Kautionspflicht des Verkäufers entschieden eine Neuerung des Aedil. Edikts ist, so wurde sie doch durch die Doktrin insofern auch in das Zivilrecht übertragen, daß wegen Nichtleistung derselben auch die actio emti angestellt werden darf, l. 31. §. 20. h. t.:

> *Ulp.* „Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, *etiam ex emto agi posse*, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire".

VIII. Endlich sind hier auch noch die wichtigen Verschiedenheiten zwischen dem Zivilrechte und dem Aedil. Edikte in Betreff der Verjährungs-Zeiten anzuführen. Das Edikt hat nämlich für die von ihm eingeführten Klagen ganz

kurze Verjährungs-Zeiten vorgeschrieben. Wenn wegen heimlicher Mängel oder wegen besonderer Anlobungen geklagt wird, so soll die actio redhibitoria nur sechs Monate, die actio aestimatoria aber nur ein Jahr lang angestellt werden dürfen, l. 38. pr. h. t., l. 2. C. h. t.; wegen nicht abgelieferter ornamenta soll sowohl die actio redhibitoria als die actio de ornamentis restituendis nur innerhalb 60 Tagen gebraucht werden, l. 38. pr. h. t., und wegen verweigerter stipulatio duplae kann redhibitorisch nur innerhalb 2, ästimatorisch innerhalb 6 Monaten geklagt werden, l. 28. h. t. (T. 3). Dagegen ist aber bekanntlich die actio emti eine actio perpetua, und erlöscht also erst durch Ablauf von 30 Jahren, und zwar muß dies unbedenklich auch überall da angenommen werden, wo dieselbe mit den Aedilitischen Klagen elektiv konkurrirt. Wo aber freilich die Grundsätze des Edikts auf die actio emti erst übertragen worden sind, wo also diese Klage nach Vorädilitischem Zivilrechte gar nicht begründet war, da ist es gewiß konsequent, auch die Aedilitischen Verjährungszeiten bei der Kontraktsklage in Anwendung zu bringen, und demgemäß muß gewiß die actio emti, wenn sie gegen den *ignorans* venditor angestellt wird, auf die Zeit eines Jahres (vgl. oben Nr. II), und wenn sie wegen verweigerter stipulatio duplae gebraucht wird (vgl. oben Nr. VII. a. E.), auf die Zeit von sechs Monaten beschränkt werden; s. auch Unterholzner a. a. O. S. 103, Keller a. a. O. S. 162 fgg.

bb) Gewährleistung wegen Eviktion. §. 610.

Dig. XXI. 2. de evictionibus et duplae stipulatione, Cod. VIII. 45. (44) de evictionibus. — Glück XX. S. 169 fgg. und die dort in Not. 23. zahlreich Angeff., Gesterding, Ausbeute v. Nachforsch. VI. Abth. 1. Nr. 4. S. 143 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 3. S. 101 fgg., Liebe in Weiske's Rechtslex. IV. S. 811 fgg., Müller, die Lehre des röm. Rechts von der Eviktion. Bd. I. Halle 1851, Bekker in sein. Jahrb. VI. S. 229 fgg. — Koch II. S. 363 fgg., Unterholzner I. S. 288 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 116. bei Not. 135 fgg., *Molitor* II. p. 70 sqq., p. 93 sqq. — Ueber die wesentlich hier eingreifende litis denunciatio vgl. Dernburg in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 1 fgg. bes. S. 19 fgg. und vorzüglich Fuchs, die Lehre von der Litisdenunziation. Marb. 1855. (auch im Arch. für prakt. Rechtsw. II. S. 337 fgg. III. S. 1 fgg.), s. auch Maren, die s. g. accessor. Intervention. Gieß. 1864. S. 13 fgg.

Anm. Wenn aus einem besondren Vertrage (bei den Römern gewöhnlich die stipulatio duplae) Eviktionsleistung gefordert wird, so muß natürlich principaliter die Fassung des Vertrags über den Inhalt der Verbind-

lichkeit entscheiden, und namentlich muß daraus auch beurtheilt werden, ob auch im Falle theilweiser Eviktion die Verbindlichkeit eintrete, vgl. l. 56. §. 2. h. t. Von besondrem Interesse ist aber hierbei noch die Erörterung Papinian's in l. 64. h. t., welche Stelle von jeher unsre Juristen beschäftigt hat, vgl. bes. *Donell.* ad tit. Dig. de eviction. cap. 7. i. f. (in opp. X. p. 1369 sqq.), *Cujac.*, Obss. lib. XXVI. C. 37. und Comm. in libr. VII. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. IV. p. 155 sqq.), *Balduin* ad Papinian. de Evictionib. in Heinecc. jurispr. Rom. et Att. tom. I. p. 411 sqq., *Noodt* ad tit. de evict., in opp. Lugd. Bat. tom. II. p. 470 sqq., *Callet.*, comm. ad tit. C. de evict. in append. ad leg. 6. (in Meerm. thes. II. p. 328 sqq.), *Waechtler* ad tit. Dig. de evict. ad h. l. (in opusc. rarior. ed. Trotz p. 139 sqq.), Glück XX. S. 332 fgg., Kritz S. 131 fgg., Liebe a. a. O. S. 819 fgg., *Meykow*, de duplae stipulationis computatione. Dorp. 1847, Bekker a. a. O. S. 273 fgg. Es werden dort folgende Fälle unterschieden:

I. Wenn die ganze Sache evinzirt wird, so muß immer der volle Betrag der Stipulationssumme, aber auch nur dieser von dem Auktor prästirt werden, mag nun die veräußerte Sache sich inzwischen vermehrt oder vermindert haben, l. 64. pr. cit.:

> „Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit — — —. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta".

Es erklärt sich dies leicht aus der Fassung der Stipulation, wornach ja der Verkäufer stets das Doppelte des ganzen Kaufpreises versprach, wenn der fundus evinzirt werden würde, und diese Bedingung ist eingetreten, obwohl vor der Eviktion eine Veränderung mit dem fundus vorgegangen ist.

II. Wenn nur ein ideeller Theil der veräußerten Sache evinzirt wird, so unterscheidet Papinian die drei Fälle, wenn die Sache vor der Eviktion kleiner, wenn sie größer, und endlich wenn sie auf der einen Seite kleiner, auf der andern größer geworden ist.

1) Für den ersten Fall, wenn die Sache vor der Eviktion sich verkleinert hat, lautet die Entscheidung so:

> „Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit; si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur, nam quod periit, damnum emtori, non venditori attulit".

Diese Worte lassen eine doppelte Auslegung zu. Die erste von den meisten Interpreten allein angeführte und gebilligte Interpretation geht darauf hinaus: Wenn A. an den B. ein Grundstück von 1000 Joch verkauft hat, hiervon nachher 200 Joch abgeschwemmt, und dann andre 200 Joch pro indiviso (also der vierte Theil) evinzirt werden, so braucht A. nicht den vierten, sondern nur den fünften Theil der Stipulationssumme zu prästiren, d. h. er braucht nicht für 250, sondern nur für 200 Joch einzustehen, weil doch nur diese wirklich evinzirt sind. Daß diese Auslegung, an und für sich betrachtet, völlig genügend, und

mit den Worten in voller Uebereinstimmung ist, läßt sich nicht in Abrede stellen. Erwägt man aber, daß Papinian in den beiden folgenden Sen voraussetzt, daß der fünfte Theil des veräußerten fundus evinzirt wird, und es in hohem Grade unwahrscheinlich ist, daß er unnöthiger Weise mit seinem Beispiel gewechselt haben sollte, und erwägt man ferner, daß er in augenscheinlicher Beziehung auf die Worte des princ.: „pro parte quinta, non quarta praestabitur im §. 2. sagt: „ut neque pars quinta, neque quarta debeatur", welcher Parallelismus ganz unpassend sein würde, wenn im princ. und im §. 2. die Eviktion ganz verschiedener Quoten vorausgesetzt würde: so dürfte eine andre Interpretation den Vorzug verdienen, die zu denselben praktischen Resultaten führt, wie die vorher angegebene, wobei aber die bemerkten Bedenklichkeiten gehoben werden. Diese andre Auslegung ist folgende: A. verkauft an den B. ein Grundstück von 1000 Joch, welches ihm aber nur zu $\frac{4}{5}$ gehört, während $\frac{1}{5}$, also *ducenta jugera pro indiviso*, dem Miteigenthümer X. zusteht. Dem Käufer gehen 200 Joch durch Abschwemmung verloren, und nun evinzirt X. seine ducenta pro indiviso, also sein Fünftheil, wodurch er also begreiflich jetzt, nach der Abschwemmung, nur einen Anspruch auf 160 Joch erhält. Da die Eviktion auf ein Fünftheil des Ganzen geht, so lag der Gedanke nahe, daß der Auktor auch ein Fünftheil der ganzen Stipulationssumme leisten, also für 200 Joch — d. i. ein Viertheil des fundus, wie er jetzt nach der Abschwemmung ist — einstehen müsse. Aber diesen Gedanken verwirft Papinian, weil doch blos ein Fünftheil des jetzigen fundus wirklich evinzirt sei, und so brauche dann auch der Verkäufer nur für ein Fünftheil desselben, also für 160 Morgen einzustehen, „duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta (*scil. DCCC. jugerum*) praestabitur". Diese Auslegung wird namentlich von *Balduin.* cit. vertheidigt, der aber in Folge davon — wie ich glaube, ohne dringenden Grund — eine Emendation für nöthig hält, indem er nämlich Statt: „si postea pro indiviso CC. evincantur" lesen will: „si postea pro ind. CLX. evincantur", und ebenso finde ich diese Interpretation auch bei Kritz a. a. O. — Daß beide Auslegungen ganz zu demselben praktischen Resultate führen, leuchtet von selbst ein, denn nach beiden gleichmäßig ist der Gedanke Papinian's, daß der Auktor bei theilweiser Eviktion nur für soviel einstehen muß, als wirklich evinzirt ist, und eine vorausgehende Verkleinerung der Sache blos dem Käufer schadet. Weßhalb aber Papinian so entschieden hat, während doch im Falle der gänzlichen Eviktion der Verkäufer auch für das vorher zu Grunde gegangene einstehen muß (s. vorher bei Nr. 1), davon liegt der Grund, wie schon oben angedeutet wurde, eben darin, weil die Fassung der Stipulation, im Falle gänzlicher Eviktion für die Berücksichtigung theilweiser Verminderung oder Verschlechterung keinen Spielraum enthielt, während sich dies anders verhält, wenn blos theilweise Eviktion eintritt und die Stipulation auch auf den Fall solcher theilweisen Eviktion gerichtet ist. — Andre Ansichten über unsre Stelle bedürfen keiner besondren Widerlegung. Die Konjektur von *Noodt* cit., welcher lesen will: „duplae stipulatio *pro parte quarta, non quinta* praestabitur", beruht auf offenbarem Mißverständniß, und die Auslegung von Meykow a. a. O. S. 20 fgg. ist auf die wunderliche Idee gegründet, daß bei Fungibilien und bei Grundstücken partes pro indiviso auch

in der Weise vorkämen, daß man an einer bestimmten Quantität eines Ganzen, ohne reelle Ausscheidung derselben, ein Eigenthumsrecht haben könne, z. B. an 10 Maas Wein in einem gefüllten Ohmfasse, an 10, nicht reell abgegrenzten Morgen eines größeren Grundstücks, und von einer solchen pars pro indiviso sollen in unsrer Stelle die jugera „pro indiviso ducenta“ verstanden werden! Daß Cujacius, welchen Meykow p. 23. als Gewährsmann für seine Auslegung anführt, diese neue Gattung eines condominium pro indiviso nicht kennt, braucht wohl kaum bemerkt zu werden; dieser vertheidigt an den angeff. OO. nur die erste der oben angedeuteten Auslegungen, obwohl allerdings nicht mit seiner gewöhnlichen Schärfe des Ausdrucks.

2) In l. 64. §. 1. geht Papinian auf den zweiten Fall über, wenn die veräußerte Sache sich inzwischen vergrößert hat:

„Quodsi modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor“.

Zu dem verkauften Grundstück von 1000 Joch sind also vi fluminis noch 200 Joch zugeschwemmt, und hierauf evinzirt X. sein Fünftheil. Obgleich durch diese Eviktion 240 Joch pro indiviso dem Käufer verloren gehen, so kann die actio ex stipulatu doch nur auf ein Fünftheil der Stipulationssumme gerichtet werden, d. h. der Auktor braucht blos für 200 Joch einzustehen, offenbar weil nur eben diese 200 von den in der Stipulation allein enthaltenen 1000 Joch evinzirt sind, und die andren 40 zu den später hinzugekommenen, und in der Stipulation nicht mitbegriffenen 200 Joch gehören.

3) Den kombinirten Fall, wenn die veräußerte Sache sich auf der einen Seite vergrößert, auf der andren vermindert hat, behandelt Papinian l. 64. §. 2. cit.

„Quaesitum est, si mille jugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi“.

Diese Entscheidung bietet nicht die mindeste Schwierigkeit. Aus dem vorher bei Nr. 1. und 2. Bemerkten folgt nämlich von selbst, daß bei der Eviktionsleistung in Folge der duplae stipulatio, zwar wohl auf die Verminderung, aber nicht auch auf die Vergrößerung Rücksicht genommen, daß also Alles so gehalten wird, wie wenn blos die erstre, und nicht auch die letztre vorgekommen wäre. Sind also von dem verkauften Grundstück von 1000 Joch auf der einen Seite 200 Joch abgeschwemmt, auf der andern aber 200 Joch zugeschwemmt, und es wird nachher der fünfte Theil (also 200 Joch pro indiviso) evinzirt, so braucht der Auktor doch nicht für die vollen 200, sondern nur für 160 Joch einzustehen,

weil nur dieſe 160 auf die 1000 kommen, die allein in der Stipulation begriffen ſind, während die noch weiter evinzirten 40 zu den, in der Stipulation nicht begriffenen, zugeſchwemmten 200 Joch gehören, „pro rata novae regionis esse intelliguntur“.

III. Wird ein **reeller Theil** der veräußerten Sache evinzirt, ſo wird die Eviktions-Summe begreiflich nicht nach dem Verhältniß des evinzirten Theils zum Ganzen, ſondern nach der beſondren Güte und Beſchaffenheit deſſelben bemeſſen, l. 64. cit. §. 8:

> „Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio“,

vgl. l. 1, l. 13. 14. 15. pr. h. t., und zwar nach der beſondren Qualität zur Zeit des Verkaufs, nicht etwa zur Zeit der Eviktion, l. 14. h. t. Natürlich leidet aber dieſe Regel eine Ausnahme, wenn nicht das Ganze uno pretio verkauft, ſondern der Preis für je die einzelnen Theile beſtimmt worden iſt, l. 53. pr. h. t.:

> *Paul.* „Si fundo tradito pars evincatur, si singula jugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerunt, evicta sint“. —

IV. In gar keiner unmittelbaren Verbindung mit dem Vorhergehenden ſtehen die Erörterungen Papinian's in l. 64. cit. §. ult.:

> „Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset“.

M. E. haben dieſe Worte folgenden Sinn. Wenn ein Grundſtück von zwei Morgen im Miteigenthum von zweien ſteht, ſo daß alſo Jeder nur einen Morgen pro indiviso hat, und der Eine von ihnen verkauft und trabirt einen Morgen dieſes Grundſtücks, ſo geht doch blos die Hälfte des trabirten Morgens in das Eigenthum des Käufers über, nicht anders, wie auch nur die Hälfte übergehen würde, wenn irgend ein anderes Stück (nicht gerade ein Morgen), oder das ganze Grundſtück trabirt worden wäre. Vgl. auch die Gloſſe ad h. l. Die Meinung von Cujac. l. c., welcher annimmt, daß der Morgen *pro indiviso* trabirt worden ſei, ſcheint wir völlig unhaltbar, da nicht einzuſehen iſt, weßhalb unter dieſer Vorausſetzung nicht der ganze, ſondern nur ein halber Morgen auf den Erwerber übergehen ſollte, und zu erwähnen, aber nicht zu widerlegen iſt endlich auch noch die zwar ſehr leichte, aber doch gewiß verkehrte Textveränderung („Sed partem dimidiam jug*erum*), welche Meykow cit. p. 47. vorſchlägt, und die zwar ſcharfſinnige, aber ganz willkürliche, und aus innern und äußern Gründen verwerfliche Konjektur von Neuſtetel im ziv. Arch. VII. S. 214 fgg., welcher unſre Stelle ſo emendiren will: „Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit. Secundum omnium sententias, *si* non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, *est* quemadmodum“ etc. Der Sinn wäre darnach folgender: „Es beſitzt Jemand an einem fremden

Grundstück einen Morgen pro indiviso, und verkauft und tradirt denselben an einen Dritten. Wenn sich nachher zeigt, daß sein wirklicher Antheil nur einen halben Morgen pro indiviso betrug, und er also auch nur das Eigenthum von einem halben Morgen an den Käufer übertragen hat, so soll in Betreff der Eviktion Alles so gehalten werden, wie wenn das ganze Grundstück oder ein reelles Stück desselben verkauft, und dann ein Theil davon evinzirt worden wäre".

Anm. 2. Es ist eine von jeher sehr bestrittene Frage, ob auch der Schenker zur Eviktionsleistung verpflichtet sei? vgl. die Literatur bei Thibaut, ziv. Abhandl. Nr. 4. S. 48 fgg. und Glück XX. S. 257 fgg. Abgesehen von den Fällen, wenn der Schenker die Eviktionsleistung besonders versprochen, oder sich eines Dolus schuldig gemacht hat, worüber natürlich kein Dissens herrscht, haben sich insbesondre drei verschiedene Meinungen geltend gemacht. Manche sprechen nämlich den Schenker von jeder Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung frei, eine Meinung, die in unsren Tagen besonders von Thibaut a. a. O. vertheidigt worden ist, vgl. auch Unterholzner II. S. 524, Koch II. S. 368 fgg. Not., Göschen §. 399, Schilling, Lehrbuch III. §. 361. Not. ff. u. fgg., Keller, Pand. §. 331. bei Not. 48. Viele Aeltere unterschieden dagegen nach dem Vorgang der Glosse zwischen Schenkungen, denen ein Versprechen vorherging, und solchen, die sogleich durch datio vollendet wurden; während in letzterem Falle von Eviktionsleistung keine Rede sein könne, finde dieselbe allerdings im ersteren Statt, arg. l. 1. C. de jure dot. (5, 12). Die meisten Neueren endlich wollen, besonders nach dem Vorgange von *Koch*, de evictione non indistincte praestanda. Jen. 1756, 2. edit. Giess. 1774, zwischen einer donatio *speciei* und *generis* unterscheiden, und zwar bei der ersteren die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung ausschließen, bei der letzteren aber unbedingt annehmen. Die richtige Meinung geht gewiß dahin, daß der Schenker bei der donatio speciei unzweifelhaft von aller Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung befreit ist, bei der donatio generis aber zwar ebenfalls für wahre Eviktionsleistung nicht haftet, wohl aber ein anderes Individuum des versprochenen genus prästiren muß. Dieser letzterwähnte — von den Meisten ignorirte, von Einigen (z. B. Bekker S. 314 fgg., und für das heutige Recht auch Windscheid §. 366. Not. 8) ganz geleugnete — Unterschied ist aber sehr bedeutend, denn griffe eigentliche Eviktionsleistung Platz, so müßte nicht nur ein eben so gutes Individuum, wie das vorher geleistete, prästirt, sondern auch das volle id quod interest ersetzt werden, während der richtigeren Ansicht nach die vorige Leistung als gar nicht geschehen angenommen, und also nur irgend ein beliebiges Individuum des versprochenen genus geleistet wird. Es rechtfertigt sich aber diese Unterscheidung zwischen donatio speciei und generis nicht nur aus der Natur der Sache und den allgemeinen Prinzipien über obligatio generis, vgl. auch l. 38. §. 3, l. 72. §. 5. 6. de solut. (46, 3), sondern es kann dafür auch noch speziell die l. 46. de legat. I. in Verbindung mit l. 45. §. 1. 2. eod. angeführt werden. Nachdem nämlich Pomponius in der letzteren Stelle die Eviktionspflicht des Querirten bei einem Legate ganz in der vorher bemerkten Weise bestimmt hat:

„Heres *generaliter* dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem ejus non pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat. (§. 2). Si vero *certus homo* legatus est, talis dari debet, qualis est", vgl. auch l. 108. §. 10. de leg. I, l. 29. §. 3. de leg. III, l. 58. h. t.,

heißt es in unmittelbarem Zusammenhange hiermit in der sich daran anschließenden l. 46:

„*Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum* (also eine Spezies) *vel hominem* (also ein Genus) *dari promiserit*".

Diese Stelle mit Thibaut a. a. O. S. 62. von solchen Stipulationen zu verstehen, die einem onerosen Geschäfte hinzugetreten seien, ist abgesehen von allem Andren, schon darum unzulässig, weil bei solchen Geschäften der Auktor jedenfalls auch bei einer versprochenen Spezies Eviktion leisten müßte, während dies doch in l. 46. cit. in Abrede gestellt wird, und eben so verwerflich ist auch der Ausweg, welchen Thibaut später zur Beseitigung dieses Gesetzes ergriffen hat, daß nämlich der Grund der Entscheidung wohl blos in dem Worte *dare* gelegen habe, welches Wort die Römer sehr spitz genommen, und als den Ausdruck behandelt hätten, wodurch man ganz und gar unbedingt die Eigenthums-Uebertragung angelobt habe! s. Braun's Erörtr. S. 202. Wenn endlich Unterholzner a. a. O. Not. c. und Schilling cit. Not. gg. die l. 46. cit. blos von der *cautio legatorum servandorum causa* verstehen wollen, so fehlt es einer solchen willkürlichen Beschränkung an jedem haltbaren Grunde. Ganz unbeweisend sind auch die Stellen, worauf Thibaut besonders seine oben angeführte Meinung stützen will, vgl. *Paul.* rec. sent. V. 11. §. 5, l. 18. §. 3. de donat. (39, 5), l. 48. de R. V. (6, 1), l. 131. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 2. C. h. t., denn nicht nur, daß dieselben offenbar von dem regelmäßigen Falle einer donatio *speciei* sprechen, so würden sie auch, wenn sie wirklich allgemeiner redeten, doch nichts gegen die richtige Ansicht beweisen, da ja darnach auch selbst im Falle einer donatio generis von einer wahren Eviktionsleistung keine Rede ist, vgl. auch Schweppe in seinem jurist. Magaz. Bd. I. S. 145 fgg., Glück XX. S. 256 fgg. und die dort in Not. 55. Angeff., Bucher, Recht der Forderungen S. 212 fgg., Wening §. 360, Mühlenbruch §. 441, Liebe, Stipulat. S. 153 fgg. und im Rechtsler. IV. S. 826. fg., Puchta, Vorles. zu §. 362. a. E.; Sintenis II. §. 110. Anm. 5, Holzschuher §. 261. a. E., Fuchs, Lit. Denunz. S. 84 fgg., Windscheid §. 366. Not. 6 fgg. u. A. m. — Die ältere, oben referirte Meinung, wornach zwischen promissio und datio unterschieden werden soll, beruht lediglich auf der hierbei offenbar ganz unanwendbaren Analogie der Grundsätze über evictio dotis (vgl. darüber oben Bd. I. §. 217. Anm. 2) und hat daher mit Recht unter den neueren Juristen fast keine Vertheidiger mehr gefunden; s. jedoch Bekker S. 245 fgg.

Die hier dargestellten Grundsätze über die Eviktionsleistung bei Schenkungen müssen der richtigen Ansicht nach vollständig auch bei remuneratorischen Schenkungen zur Anwendung kommen, und wenn dennoch viele Aeltere a. M. sind, vgl. z. B. die bei Glück XX. S. 241. Not. 37. Angeff., so hatte dies nur seinen Grund in den sehr verbreiteten Irrthümern über die Natur solcher remuneratorischer Schenkungen, s. darüber oben Bd. I. §. 125. Anm.

Anm. 3. Ob und in wieweit der Verkäufer eines Grundstücks verhaftet sei, wenn auf demselben Realservituten lasten, von denen keine Anzeige gemacht worden ist, ist auch noch h. z. T. sehr bestritten. Das versteht sich freilich von selbst, daß wenn der Verkäufer ausdrücklich erklärt hat, er verkaufe das Grundstück „frei von allen Lasten" (nach der Geschäftssprache der Römer: „fundus optimus maximusque"), er wegen aller Servituten ersatzpflichtig ist, l. 59. de contr. emt. (18, 1), l. 75. h. t., l. 90. 169. de V. S., und dasselbe ist unbestritten auch dann der Fall, wenn er die Servituten gekannt und dieselben arglistig dem Käufer verheimlicht hat, l. 1. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), l. 69. §. 5. h. t. Wenn sich aber Servituten vorfinden, ohne daß ein besonderes Versprechen oder ein Dolus des Verkäufers vorhanden ist, so behaupten die Meisten nach dem Vorgang der Glosse ad l. 59. de contr. emt., daß zwar eine eigentliche Eviktionsleistung und ein Anspruch auf volles Interesse nicht begründet sei, wohl aber mit der actio quanti minoris auf Minderung des Kaufpreises geklagt werden dürfe, vgl. z. B. *Cujac.*, Obss. II. 20. Comm. ad Tit. Dig. de V. O. ad l. 38. §. 3. [in opp. I. p. 1188], Tract. 6. ad Afric. ad l. 46. de evict. (in opp. I. p. 1376), *Balduin.*, jurisprud. Muc. ad l. 58. de contr. emt. (in Heinecc. jurisp. Rom. et Att. I. p. 539), *Callet.* ad tit. C. de evict. cap. 5. nr. 4. (in Meerm. thes. II. p. 337), *Giphan.* ad l. 38. de V. O. in Lect. Altorf. p. 827 sqq., *Huber*, Praelect. ad tit. Dig. de evict. nr. 7. p. 1086, *Meyer*, colleg. Argentor. ad tit. de evict. nr. 6. p. 1211 sqq., *Lauterbach*, colleg. theor. pract. ad tit. de act. emt. vend. nr. 14, *Cocceji*, jus civ. controv. ad tit. de act. emt. vend. qu. 6. und 7, Westphal, vom Kauf §. 233, Neustetel in sein. und Zimmern's römisch-rechtl. Unters. S. 216 fgg., Gesterding a. a. O. S. 174 fgg., Kritz a. a. O. S. 137 fgg., Wening, Lehrb. §. 361, Schilling, Lehrb. III. §. 294. Not. q. fgg., *Meissner*, Ed. Aedil. praec. p. 34 sqq. Andere aber nehmen an, daß in solchem Falle der Verkäufer gar nicht verpflichtet sei, vgl. z. B. *Cujac.* ad tit. Dig. de contrah. emt. ad l. 59. in opp. VII. p. 718 sqq. (der hier seine frühere abweichende Meinung zurücknimmt), *Duaren.*, ad tit. Dig. de V. O. ad l. 38. §. 3. in opp. Francof. 1598. p. 741, *Donell.*, ad tit. de evict. cap. 6. nr. 8 sqq. in opp. X. p. 1358 sqq., Thibaut, Syst. §. 485, Mühlenbruch §. 400, Göschen §. 400, H. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 97 fgg., Sintenis II. a. a. O. Anm. 145, Müller a. a. O. S. 196 fgg., *Molitor* II. p. 70 sq. p. 96 sq., *Muther*, in leg. 6. comm. praed. commentatio. Erl. 1858. p. 11 sqq., Keller, Pand. §. 331, Windscheid, Lehrb. §. 391. Not. 28; vgl. auch Seuffert's Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 222, XII. 258, XIV. 127. 217, XVII. 230, Arch. für prakt. Rw. VI. S. 476 fgg. Einige Wenige endlich wollen unterscheiden zwischen solchen Servituten, die sich

ſchon aus der Lage und äußern Erſcheinung des Grundſtücks gleichſam von ſelbſt verſtehen („quae tacite secutae sunt") und ſolchen, die willkürlich aufgelegt ſeien, denn während für die erſteren der Verkäufer nicht einzuſtehen brauche, müſſe dies allerdings in Betreff der letztern behauptet werden, Schöman, Handb. II. S. 114 fgg., Unterh. II. S. 269. Not. f, Holzſchuher, Theorie und Kaſuiſtik §. 245.

Ich trage kein Bedenken, mich der zweiten der angeführten Meinungen anzuſchließen, daß nämlich der Verkäufer wegen ſich vorfindender Realſervituten zu keinerlei Entſchädigung verpflichtet iſt, wenn er nicht ihr Vorhandenſein argliſtig verhehlt, oder ihr Nichtvorhandenſein beſonders verſprochen hat. Mit klaren Worten wird dieſer Grundſatz ausgeſprochen in l. 59. de contr. emt. (18, 1):

> *Cels.* „Quum venderes fundum, non dixisti: *ita ut optimus maximusque*, verum est, quod Q. Mucio placebat, *non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere.* Idem et in urbanis praediis dicendum est",

vgl. auch l. 90, l. 169. de V. S. Offenbar ungereimt iſt die Auslegung der Gloſſe ad h. l., wornach unſre Stelle von einem Falle verſtanden werden ſoll, in welchem der Verkäufer erklärt habe, nicht für Servituten einſtehen zu wollen, ſo wie wenn Celſus ſtatt: non dixisti, ita ut optimus rel. geſagt hätte: dixisti, ita ut non optimus rel., und ganz unzuläſſig iſt auch der von den meiſten Gegnern gewählte Ausweg, daß hier der Juriſt nur die Klage auf das volle id quod interest, aber nicht auch die actio quanti minoris habe ausſchließen wollen. Neuſtetel S. 226. gibt daher auch zu, daß die l. 59. cit. in offenem Widerſpruch mit ſeiner Theorie ſtehe, meint aber, dieſelbe enthalte nur eine ältere, durch die ſpätere römiſche Doktrin verdrängte Anſicht, und dürfe daher blos als ein ſ. g. hiſtoriſches Fragment angeſehen werden; aber auch der Ungrund dieſer, ſchon an ſich ſehr mißlichen Meinung wird von ſelbſt aus den folgenden Bemerkungen hervorgehen, indem zu zeigen iſt, daß von einer Meinungs-Verſchiedenheit früherer und ſpäterer römiſcher Juriſten in Betreff unſerer Frage keine Spur in den Quellen vorkommt, und alſo noch weniger von dem angeblichen Triumph der gegneriſchen Meinung die Rede ſein kann. — Nicht weniger beſtimmt geht unſer Grundſatz aus l. 75. h. t. hervor:

> *Venulej.* „Quod ad servitutes praediorum adtinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Q. Mucius et Sabinus existimant, *venditorem ob evictionem teneri non posse;* nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo jure, quod tacite soleat accedere, nisi *ut optimus maximusque esset,* traditus fuerit fundus, tunc enim liberum ab omni servitute praestandum; si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum, tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est Q. Mucii sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo concessum sit".

Freilich glaubt Neuſtetel S. 218 fgg. auch die erſte Hälfte der Stelle von Aktiv-Servituten verſtehen zu dürfen, ſo daß ihr Sinn der wäre: „Kommt der

Käufer durch die Uebergabe stillschweigend in den Besitz von aktiven Prädialservituten, die ihm nachher entrissen werden, so kann er keine Entschädigungs-Forderung wegen der Eviktion aufstellen, weil überhaupt der Verkäufer wegen der Rechte, die auf den Käufer stillschweigend mit übergehen, keine Gewähr zu leisten braucht, und da nach dieser Auslegung begreiflich die Worte: nisi ut optimus bis ab omni servitute praestandum schlechterdings nicht in den Zusammenhang passen würden, so ist nach seiner Meinung „keinen Augenblick zu bezweifeln, daß der ganze Beisatz eine unverständige Glosse ist, die, wie so oft geschehen, dem Originaltexte untergeschoben wurde"! Die richtige und auch von allen übrigen Interpreten adoptirte Ansicht ist aber unzweifelhaft die, daß der Jurist bis zu den Worten: si vero emtor von passiven, und erst in den folgenden Worten von aktiven Realservituten redet, und zwar ist der Sinn der ersten, uns hier allein interessirenden Hälfte der: „wenn Realservituten stillschweigend (d. h. ohne daß sie besonders angezeigt worden sind) auf den Käufer übergegangen sind, und dieselben werden nachher von dem berechtigten Dritten geltend gemacht, so darf der Käufer keine Eviktionsleistung fordern, weil diese überhaupt nicht in Betreff solcher Rechte Statt findet, welche, wie die Realservituten, ganz gewöhnlich und regelmäßig vorkommen, so daß es deßhalb herkömmlich ist, dieselben nicht besonders namhaft zu machen („in eo jure, quod tacite soleat accedere"), und nur, wenn ausdrücklich ein fundus optimus maximusque versprochen worden ist, muß auch die Freiheit von Realservituten gewährt werden". Wenn übrigens Schöman und Unterholzner citt. ihre oben angegebene Mittelmeinung hauptsächlich auf unsere l. 75. cit. basiren, so beruht dies auf einer augenscheinlich falschen Deutung der Worte: si tacite secutae sunt und: quod tacite soleat accedere. — Ferner darf auch zur Bestätigung unsres Grundsatzes noch auf l. 66. pr. de contrah. emt. (18, 1) hingewiesen werden:

> *Pompon.* „In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut ususfructus ejus; *quaedam ita demum, si dicta sunt, veluti viam, iter actum aquaeductum praestatum iri;* idem et in servitutibus praediorum urbanorum".

Freilich lassen die hervorgehobenen Worte eine doppelte Auslegung zu. Möglicher Weise können dieselben nämlich auf Gewährung von aktiven Servituten bezogen werden, und unter dieser Voraussetzung würde die ganze Stelle für unsere Frage völlig indifferent sein. Aber nicht weniger zulässig ist die Annahme, daß auch diese Worte eben so, wie die vorhergehenden, von passiven Servituten zu verstehen seien, unter welcher Voraussetzung dann ein Gegensatz zwischen Personal- und Real-Servituten, und damit unmittelbar unser obiger Grundsatz ausgesprochen wäre. Für diese letztre Auslegung ganz entscheidend sind aber die Worte: idem et in servitutibus praediorum urbanorum, welche nur dann wahren Sinn und Bedeutung erhalten, wenn der Jurist Personal- und Real-Servituten, aber nicht auch, wenn er aktive und passive Servituten einander gegenüber stellen wollte. — Endlich mag hier auch noch die l. 48. h. t. angeführt werden:

Nerat. „Quum fundus, *uti optimus maximusque est*, emtus est, et alicujus servitutis evictae nomine aliquid emtor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur“ etc.

Offenbar wird hier die Klausel: uti opt. max. est als die Bedingung für die Evikitionsleistung wegen Servituten aufgefaßt, indem ohnedies die Erwähnung dieser Klausel völlig müssig und überflüssig sein würde, und so beweist denn auch diese Stelle, daß an und für sich der Verkäufer Realservituten nicht zu gewähren braucht.

Wir sehen, daß unser obiger Grundsatz in einer Reihe von Gesetzen unzweideutig anerkannt ist. Die gesetzlichen Argumente, die man dagegen vorgebracht hat, erscheinen in der That bei näherer Betrachtung als völlig unzulänglich. Zunächst beruft man sich auf l. 38. §. 3. de V. O. (45, 1):

Ulp. „Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu *vel de quo alio jure* ejus, quod distractum est, palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure, quod habuit“.

Bei den Worten: vel de quo alio jure gerade auch an Realservituten zu denken, gibt es jedoch keinen dringenden Grund, sondern man kann unbedenklich Pfandrecht, Emphyteuse, Superfizies hierher ziehen, und daraus erhellt von selbst, daß dieser ganz vage Ausspruch kein Argument abgeben kann gegen völlig bestimmte und unzweideutige Quellenzeugnisse. Außerdem ziehen die Gegner eine Reihe von Gesetzen hierher, in denen gesagt ist, daß der ausdrückliche Vorbehalt des Verkäufers „für etwaige Servituten nicht einstehen zu wollen“, demselben nichts nütze, wenn er das Vorhandensein solcher Servituten gekannt und böslich verschwiegen habe, vgl. l. 69. §. 5. h. t., l. 17. §. 3. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 1. §. 1, l. 39. de act. emt. vend. (19, 1), und daraus folgert man dann weiter: da jene Kontraktsklausel dem wissenden Verkäufer nichts nütze, uud da nach unserer Ansicht der *ignorans* venditor schon ohne diese Klausel gar nicht hafte, so müßte darnach offenbar jener Vorbehalt als ganz leer und überflüssig angesehen werden; da aber hiervon jene Stellen nichts sagten, und dies auch schon darum ganz unglaublich sei, weil solcher Vorbehalt bei den Römern — wie aus der öfteren Erwähnung desselben geschlossen werden müsse — nichts Seltenes gewesen sei, so rechtfertige sich dadurch von selbst der Satz, daß allerdings der ignorans venditor für solche Servituten einstehen müsse, wenn er sich nicht durch jenen Vorbehalt von dieser Verbindlichkeit befreit habe. Diese nicht unscheinbare Argumentation fällt aber von selbst zusammen, wenn man die obigen Stellen in ihrem wahren Zusammenhange auffaßt. In ihnen soll nämlich nicht etwa die Bedeutnng und Wirkung jener Kontraktsklausel dargestellt werden, sondern es wird da vielmehr der Grundsatz durchgeführt, daß arglistiges Verhehlen der Servitut den Verkäufer stets verantwortlich mache, möge dieser Dolus sich in einer Gestalt zeigen, wie er wolle, und möge der Verkäufer auch noch so sehr durch Verklausulirungen sich gegen die Folgen seines Dolus zu schützen gesucht haben, und so könne namentlich auch die Klausel — die wohl bei betrüglichen und bei übermäßig vorsichtigen Verkäufern öfter vorkommen mochte —, für etwaige Servituten nicht einstehen zu wollen, die Responsabilität

des arglistigen Verkäufers nicht aufheben. Daß nach dieser Auffassung, deren Richtigkeit dem Unbefangenen nicht entgehen kann, aus jenen Stellen auch nicht entfernt gefolgert werden kann, daß der gutgläubige Verkäufer ohne jene Klausel für Realservituten einstehen müsse, versteht sich von selbst. — Ferner beruft sich Neustetel S. 230. auf l. 6. §. 3. comm. praed. (8, 4):

Ulp. „Si in venditione quis dixerit, servas fore aedes, quas vendidit, necesse non habet liberas tradere",

denn „das daraus zu ziehende Argument liege offen vor: ohne die Verwahrung müsse der Verkäufer das Haus frei von Servituten übergeben". Hätte Neustetel die unmittelbar folgenden Worte: „quare vel suis aedibus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, scilicet ante traditionem" auch gelesen, so würde er leicht die Unhaltbarkeit seines Schlusses eingesehen haben; jene Klausel: *servas fore aedes* bezieht sich nämlich darnach nicht auf Servituten, die schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden sind, sondern der Verkäufer reservirt sich damit das allerdings singuläre Recht, noch nach dem Verkauf bis zur Tradition neue Servituten auflegen zu dürfen, und damit fällt das „offen vorliegende Argument" von selbst zusammen. — Endlich aber führen die Gegner noch besonders an l. 61. de Aed. edicto (21,1):

Ulp. „Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam",

und wohl auch l. 15. §. 1. h. t.:

Paul. „Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est",

in welcher letzteren Stelle man nach dem Vorschlag von *Cujac.* Obss. II. 20. Statt: *servus* lesen will: *servitus*. Aus diesen beiden Gesetzen, die von jeher als vorzügliche Stützen der gegnerischen Meinung angesehen worden sind, soll nämlich deutlich hervorgehen, daß der Verkäufer wegen evinzirter Realservituten nach den Grundsätzen des Aedilitischen Edikts mit der actio quanti minoris belangt werden könne, worin von selbst auch die Verpflichtung des *ignorans* venditor ausgesprochen sei. Man mag sich immerhin mit den meisten Interpreten (vgl. die Nachweisungen bei Schult. und Smallenb. ad h. l. tom. IV. p. 107.) die Konjektur von Cujacius in l. 15. §. 1. cit. gefallen lassen, da sie aus innern Gründen Vieles für sich hat, obwohl sie keineswegs nöthig ist, s. auch Müller a. a. O. S. 209. Anm. 65, aber die Argumentation der Gegner aus diesen Gesetzen ist sicher unhaltbar. In beiden Stellen ist nämlich auch nicht mit einem Worte davon die Rede, unter welchen Voraussetzungen wegen Servituten geklagt werden könne, sondern nur davon, worauf, wenn geklagt werden könne, die Klage zu richten sei, nämlich nicht etwa auf Aufhebung des Kontrakts, sondern auf das id quod interest, und gerade dies hätte allein schon hinreichen sollen, die völlige Unanwendbarkeit des Aedilitischen Edikts zu beweisen, denn warum hätte dann nicht auch die actio *redhibitoria* zugelassen werden sollen? Daraus geht aber auch von selbst hervor, daß man durch die verkehrte Aufnahme der l. 61. cit. in den Titel de Aedil. edicto, und durch den in beiden Stellen vorkommenden Ausdruck: quanti minoris sich nicht ver-

leiten lassen darf, hier an die Aedilitische actio quanti minoris zu denken sondern daß vielmehr nur von der auf das Interesse gerichteten Kontraktsklage die Rede ist, wie auch schon aus der völligen Gleichstellung des evinzirten Usus-fruktus und der evinzirten Servitut in l. 15. §. 1. cit. hervorgeht, denn im Falle eines evinzirten Ususfruktus wird doch wohl Niemand an die Aedilitischen Klagen denken wollen! Beide Stellen beweisen also offenbar für die Verbindlichkeit des *ignorans* venditor nicht das Mindeste

Läßt sich hiernach nicht wohl bezweifeln, daß die Gesetze wirklich einen wesentlichen Unterschied zwischen evinzirten Personal- und Real-Servituten, und bei den letzteren nur im Falle eines Dolus oder eines besondren Versprechens eine Verbindlichkeit des Verkäufers zur Entschädigung annehmen, so fehlt es dieser gesetzlichen Theorie auch nicht an guten innern Gründen. Daß man nämlich bei dem Vorhandensein von Realservituten nicht das Aedilitische Edikt in Anwendung brachte, obwohl man dasselbe, wie in der Anm. zum vorigen Sen nachgewiesen ist, weit über seine ursprünglichen Grenzen ausdehnte, rechtfertigt sich schon daraus, weil dasselbe schlechthin nur von vitia *corporis* redete, und ein fundus *serviens* doch gewiß keinerlei Aehnlichkeit mit einem kranken Sklaven oder Thier hat. Außerdem aber stand sowohl der Subsumtion unter das Aedilitische Edikt, als auch der Anwendung der Eviktions-Theorie der entschiedene Umstand entgegen, auf welchen auch die l. 75. h. t., wenn man sie richtig versteht, hinweist, daß nämlich Realservituten der Natur der Sache nach etwas so regelmäßig Vorkommendes und durch Bedürfniß Gebotenes sind, daß man ihr Vorhandensein als eine ganz gewöhnliche Qualität, und ihr Nichtvorhandensein als einen besondren Vorzug eines Grundstücks betrachten muß, welch' letztrer Gedanke auch schon in dem technischen Ausdruck: fundus *optimus maximusque* klar hervortritt. Kommt nun noch hinzu, daß solche Servituten in den meisten Fällen keine wesentliche Belästigung des Eigenthümers mit sich führen, und daß, wo dies ausnahmsweise der Fall ist, der Verkäufer ohne augenscheinlichen Dolus nicht unterlassen kann, den Käufer damit bekannt zu machen: so kann gewiß die Theorie des römischen Rechts nicht anders, als sehr sachgemäß angesehen werden, wenn auch freilich die strenge Konsequenz, von dem Standpunkte des freien Eigenthums, als des normalen Zustandes, ausgehend, zu andren Resultaten führen würde. Ganz analoge und auch in den Gründen völlig übereinstimmende Entscheidungen kommen übrigens auch in Betreff der auf dem verkauften Grundstück lastenden Steuern und Abgaben vor, l. 21. §. 1, l. 41. de act. emt. vend. (19, 1), l. 9. C. eod. (4, 49)

Anm. 4. Wenn ein pactum *de non praestanda evictione* abgeschlossen wird, so ist soviel unzweifelhaft, daß, wenn dabei der Verkäufer in dolo versirt, indem er wissentlich eine fremde Sache verkauft, und dieses dem Käufer verschweigt, der Vertrag ihn nicht schützen, und die actio emti auf das volle Interesse gegen ihn angestellt werden kann, l. 6. §. ult., l. 11. §. 15. 16. 18. fin. de act. emt. vend. (19, 1). Für den Fall aber, wenn der Verkäufer in gutem Glauben ist, ist über die Wirkungen eines solchen Vertrags eine berühmte, und mit vieler Animosität durchgeführte Kontroverse entstanden. Die gemeine Meinung ging nämlich früher dahin, daß in einem solchen Falle zwar nicht das Interesse zu

präſtiren, wohl aber der empfangene Kaufpreis zurückzugeben ſei, vgl. z B. die vielen bei Glück XX. S. 301. Angeff. Gegen dieſe Anſicht trat vornehmlich *J. H. Böhmer* in einer beſondren Abhandlung auf: Vindiciae juridicae pacti de non praest. evict. contra communes errores. Hal. 1735. (auch in den Exercitt. ad Pand. tom. IV. exerc. 61.), und als *Alef*, veritas communis opinionis circa pactum de non praest. evict. contra novissimos Böhmeri errores vindicata. Heidelb. 1736. (auch in deſſen Dissertt. acad. nr. 17.) höchſt anzüglich die gemeine Lehre wieder vertheidigt, nahm ſich *G. L. Böhmer* in der Schrift: Repetitae vindiciae pacti de non praest. evict. etc. Hal. 1737. (im Weſentlichen auch in der Praef. zum 4. Bande der Exercitt. ad Pand.), ſeines Vaters kräftig an, gegen welchen dann wieder insbeſondere *Richter* de pacto evict. non praest. inutili. Lips. 1748. und *Müller* reiteratae vindiciae comm. opin. circa pact. de non praest. evict. Heidelb. 1760. auftraten. Alles kommt hier auf die Erklärung der l. 11. §. 18. de act. emt. vend. (19, 1) an, und darnach muß man bei unbefangener Betrachtung gewiß der Böhmer'ſchen Meinung beiſtimmen. Die Stelle lautet ſo:

> *Ulp.* „Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare, et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro XV. Dig. scribit, etiamsi aperte venditor pronunciet, per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi; neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipit, quemadmodum recipitur, ut venditor numos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti quum futurum jactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam [vid. §. 15. 16. h. t.] dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit".

Der Sinn dieſes Fragments iſt ſicher folgender. Im Eingang, bis zu den Worten: ex emto non tenebitur ſtellt Ulpian den Satz auf: wenn Jemand ſtillſchweigend ein pactum de non praestanda evictione dadurch abſchließt, daß er nur verſpricht, durch ihn und ſeine Succeſſoren ſolle der Käufer nicht im Beſitz geſtört werden, ſo kann er wegen Eviktion durchaus mit keiner Klage

belangt werden [und es kann also begreiflich von einer Rückforderung des Kaufpreises keine Rede sein]. In den folgenden Worten von *Sed Julianus* an bis zu den Worten *pretium praestare necesse habebit* führt Ulpian die entgegengesetzte Meinung Julian's an, welcher allerdings — obwohl zweifelnd — ein solches pactum de evictione non praestanda, mochte es stillschweigend in der von Ulpian bemerkten Weise, oder mochte es mit ausdrücklichen Worten abgeschlossen sein, so verstand, daß der Verkäufer dadurch nur von der Prästation des Interesse, nicht aber auch von der Rückgabe des Kaufpreises befreit sei, weil er es mit dem Wesen eines contractus bonae fidei für unverträglich hielt, daß der Käufer die Waare verlöre, und der Verkäufer den Kaufpreis behielte, man müßte denn etwa ein Kaufgeschäft mit einem derartigen Nebenvertrag wie einen Hoffnungskauf ansehen wollen. Gegen diese Meinung Julian's — welcher ihr Urheber selbst nicht recht traute, wie aus dem vom Hoffnungskauf entnommenen Zweifelsgrunde hervorgeht — erklärt sich nun aber Ulpian in den folgenden Worten: Sed in suprascriptis conventionibus etc., und wiederholt also hier den Satz, den er sogleich bei Beginn seiner Erörterungen aufstellte, indem er hier nur noch die Beschränkung hinzufügt, daß im Falle eines Dolus des Verkäufers allerdings die actio emti ungeachtet eines solchen pactum de evictione non praestanda gebraucht werden könne. (Der Vorschlag von Huschke in Gießer Zeitschrift N. F. IV. S. 284, in den Schlußworten Statt: *nisi* forte sciens zu lesen: *si* f. sc. beruht m. E. auf einem Mißverständniß). — Ueber die anderweiten Erklärungen der Gegner, die im Einzelnen freilich von einander abweichen, aber im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß Ulpian sich nicht gegen Julian erkläre, sondern vielmehr mit demselben übereinstimme, und in den Worten Sed in suprascriptis conventionibus rel. nur den aus der Analogie des Hoffnungskaufs hergenommenen Zweifel Julian's beseitigen wolle, s. ausführliche Erörterungen bei Glück XX. S. 301 fgg.; m. E. bedürfen sie keiner besondren Widerlegung. Wunderbar ist die Auffassung der Basiliken (bei Fabr. II. p. 388, bei Heimb. II. p. 288), indem sie Julian's und Ulpian's Meinung in der Weise kombiniren, daß, wenn ein stillschweigendes pactum de non praest. evict. abgeschlossen sei, d. h. wenn der Verkäufer nur versprochen habe, „per se venientesque a se personas non fieri, quominus emtor habere liceat", der Verkäufer zwar nicht das Interesse, aber allerdings das Pretium restituiren müsse, daß aber, wenn expressis verbis der Vertrag auf Nichtleistung der Eviktion gerichtet sei, selbst auch das Pretium nicht verlangt werden könne! — Daß gegen unser, aus der Natur der Sache und einer richtigen Auslegung der l. 11. §. 18. cit. entnommenes Resultat die Gemeinsprüche „Renunziationen sind strikt zu interpretiren", „pactionem obscuram vel ambiguam *venditori* nocere", „semper in obscuris, *quod minimum est*, sequimur", „Niemand dürfe sich mit dem Schaden eines Andern bereichern" u. dgl. m. nichts entscheiden können, versteht sich um so mehr von selbst, da auch noch andre gesetzliche Bestimmungen vollständig mit unsrem Grundsatze übereinstimmen, vgl. l. 68. pr. h. t., l. 10. 11. de her. v. act. vend. (18, 4), l. 14. C. fam. herc. (3, 36). Mit vollstem Rechte ist daher auch die Böhmer'sche Meinung h. z. T. ganz allgemein angenommen, vgl. z. B. Westphal, vom

Kauf u. s. w. §. 336 fgg., Weber, Vers. über das Zivilr. S. 36 fgg., Haubtmannsberger, über die Gewährleistung S. 97 fgg., Glück XX. S. 296 fgg., Koch II. S. 416, Unterholzner I. S. 298, Bucher, Forderungen S. 216, Kritz S. 164 fgg., Thibaut §. 492. und in Braun's Erörtr. S. 209 fgg., Schweppe §. 443, Seuffert §. 271b, Wening §. 365, Schilling III. §. 297 bei tt., Liebe, Rechtslex. IV. S. 285 fg., Holzschuher, Theorie und Kasuistik §. 245 zu b, Arndts §. 303. Not. 6, Sintenis a. a. O. Anm. 201, Brinz, Lehrb. S. 487, Windscheid §. 391 geg. E. u. A. m. Für die entgegengesetzte Ansicht haben sich jedoch wieder erklärt Mühlenbruch §. 397, Roßhirt §. 430, *Molitor* II p. 98 sqq., Puchta, Vorles. zu §. 362.

Anm. 5. Eine ganz ähnliche Streitfrage, wie die in der vorigen Anm. behandelte, kommt für den Fall vor, wenn der Erwerber wissentlich eine fremde Sache an sich bringt, und ihm dieselbe nachher evinzirt wird. Während hier nämlich Viele, von dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden Verzichts ausgehend, dem Käufer allen und jeden Anspruch auf Eviktionsleistung versagen, vgl. z. B. Haubtmannsberger, Gewährleistung S. 135 fgg. und die dort S. 136. in der Note Angeff., Glück XX. S. 228 fgg. und die dort S. 235. Not. 19. Zitirten, nehmen Andre an, daß der Erwerber zwar allerdings keinen Anspruch auf das Interesse habe, aber doch jedenfalls das Kaufgeld zurückverlangen könne, vgl. die Zitate bei Haubtmannsberger S. 141. Not. und bei Glück S. 229. Not. 2. Ich halte die erstere Meinung für die in den Gesetzen begründete, und namentlich wird dieselbe geradezu ausgesprochen in l. 27. C. h. t.:

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Si fundum sciens vel alienum vel obligatum comparavit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur",

denn die öfter vertheidigte Auslegung, wornach die Worte: *quod eo nomine dedit* nicht von dem Kaufpreise, sondern von der dem evinzirenden Eigenthümer etwa gegebenen litis aestimatio und von den Prozeßkosten verstanden werden sollen, ist doch gewiß unzulässig. Außerdem wird aber jene Meinung auch bestätigt durch l. 7. C. comm. utriusque judic. (3, 38), wornach in einem solchen Falle nur dann eine Klage gegen den Auktor zugelassen wird, wenn der Erwerber sich ausdrücklich Eviktionsleistung hat versprechen lassen:

> „Nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem solennitate verborum vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis";

vgl. auch arg. l. 57. §. 2. 3. de contr. emt. (18, 1), l. 4. §. 5. de dol. mal. exc. (44, 4). Die auf singulären Gründen beruhenden Verordnungen Justinian's in l. ult. §. ult. C. comm. de leg. et fideic. (6, 43), wornach derjenige, welcher wissentlich eine unter einer Bedingung legirte Sache vom Erben gekauft hat, und dem dann nach eingetretener Bedingung die Sache vom Legatar evinzirt wird, vom Erben allerdings den Kaufpreis fordern darf, und in Nov. 7. c. 5, wornach der, welcher eine Kirchensache wissentlich an sich bringt, doch den Kaufpreis von dem veräußernden Kirchenpfleger zurückfordern darf, können begreiflich eben so wenig unsern obigen Grundsatz umstoßen, als die im Grunde

hierher gar nicht gehörige l. 1. C. si vendito pignore (8, 29), wornach dann, wenn ein Pfandgläubiger bei dem Verkauf der verpfändeten Sache mala fide zu Werke ging, und auch der Käufer in bösem Glauben dabei war, der Schuldner in subsidium, wenn vom Gläubiger nichts zu erlangen ist, die Sache vom Käufer wieder abfordern kann, vorausgesetzt, daß er den Kaufpreis mit Zinsen zu ersetzen bereit ist.

b) Verpflichtung zum Einstehen wegen s. g. laesio enormis. §. 611.

Glück XVII. S. 19 fgg. und die dort zahlreich Angeführten, v. Batz, Abhandl. Nr. 14 und 15, v. Weissenek im ziv. Arch. IV. 8, *Dedekind*, de vera indole et vi laes. enorm. Gott. 1837, Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Kassel II. S. 266 fgg., Madai in seinen und Bunge's theoret. prakt. Erörtr. Bd. I. H. 2. Nr. 5, Chambon, Beiträge zum Oblig. R. Bd. I. S. 111 fgg. — Unterholzner II. S. 245 fgg., Koch III. S. 590 fgg., S. 645 fgg., *Molitor* II. p. 161 sqq.

1) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 2. C. de resc. vend. (4, 44): Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec demidia pars veri pretii soluta sit.

2) *Iidem* l. 8. eod.: Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidia emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia

justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emtori praestita servanda.

Anm. Die beiden hier abgedruckten Gesetze — die einzigen, welche im römischen Rechte von der s. g. laesio enormis reden — haben die Veranlassung zu sehr zahlreichen Streitfragen gegeben. Folgende Punkte kommen hierbei vorzüglich in Betracht:

I. Beide Reskripte reden augenscheinlich nur von dem Falle, wenn der Verkäufer eines Grundstücks enormiter verletzt ist, und noch h. z. T. ist es in der Theorie sehr bestritten, ob die Vorschrift der l. 2. cit. auf diesen Fall zu beschränken, oder ob sie auch auf den Käufer und auch auf bewegliche Sachen, und wohl auch auf andre oneröse Verträge außer dem Kaufe auszudehnen sei. Die strengere Meinung stützt sich darauf, daß jene Reskripte offenbar ein jus *singulare* enthielten, denn auch im römischen Rechte sei der in der Natur der Sache liegende Grundsatz anerkannt: „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire", l. 16. §. 4. de minor. (4, 4), cf. l. 22. §. 3, l. 23. loc. (19, 2), l. 8. C. cit. (T. 2), Nov. 97. c. 1; von diesem Grundsatze enthielten jene Reskripte eine Ausnahme, die schon nach allgemeinen bekannten Interpretations-Regeln keiner Ausdehnung fähig sei, und um so weniger ausgedehnt werden dürfe, da für dieselbe besondre Gründe sprächen, die in andren Fällen nicht vorhanden seien; denn dem verletzten Verkäufer Hülfe zu gewähren, läge freilich sehr nahe, weil nur zu häufig dessen Noth von dem gewinnsüchtigen Käufer benutzt werde, und die Beschränkung auf Grundstücke rechtfertige sich von selbst, weil nur dabei der Regel nach von einer objektiv wirklich bedeutenden Rechtsverletzung die Rede sein könne; vgl. die bei Glück XVII. S. 27 fgg. S. 51. S. 121. Angeff., und unter den Neuern z. B. Batz a. a. O. S. 193 fgg., Weissenek a. a O., Schweppe, Handb. §. 444, Bucher, Recht der Fordr. §. 67, Wening §. 259. a. E., Göschen §. 505, Puchta §. 364, Madai a. a. O. §. 4, Schilling, Lehrb. III. §. 300. Zus. S. 435 fg., Sintenis II. §. 116. Anm. 218, *Molitor* p. 162, Holzschuher, Theorie und Kasuistik §. 280 zu 20, Keller §. 333, Windscheid §. 396. Anm. 2. Dagegen wenden aber Andre ein, daß es doch offenbar gegen die Natur eines judicium bonae fidei streiten würde, wenn man ein solches Geschäft auch selbst dann aufrecht erhalten wollte, wenn die Verletzung in's Uebermäßige gehe, „quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur", l. 3. C. comm. utriusque jud. (3, 38). Deßhalb sei auch schon vor jenen Reskripten die Rescision eines Vertrags wegen allzu arger Verletzung gestattet gewesen, vgl. l. 78. 79. pro soc. (17, 2), l. 16 und 17, l. 54. de contr. emt. (18, 1), l. 6. §. 2, l. 12. §. 1. de jure dot. (23, 3), und in diesem Sinne hätten denn auch jene Reskripte den einzelnen, gerade zur Begutachtung vorgelegten Fall entschieden, wenn Jemand einen fundus um zu geringen Preis verkauft, so daß als das wahrhaft Neue darin nur die Bestimmung zu betrachten sei, daß eine übermäßige Verletzung blos dann angenommen werden solle, „si nec dimidia pars veri pretii soluta sit". Fasse man so dieses Reskript auf, so verstehe es sich von selbst, daß man darin nicht eine Singularität

für den zufällig da entſchiedenen Fall erblicken könne — wogegen auch noch beſonders ſtreite, daß die Kaiſer ſich bei ihrer Entſcheidung auf einen offenbar weiter gehenden Grund berufen hätten („*humanum est*") —, ſondern man müſſe gewiß den allgemeinen Satz aufſtellen, daß eine Reſziſſion propter laesionem enormem bei allen zweiſeitigen Geſchäften Platz greife, ſofern nicht die individuelle Natur eines ſolchen Geſchäfts dieſelbe ausnahmsweiſe ausſchließe, vgl. Glück an den oben angeführten Orten, und die vielen dort Zitirten, und unter den Neueren z. B. Thibaut §. 500, Mühlenbruch §. 406, Roßhirt §. 426, Seuffert §. 272, Unterholzner und Koch citt., *Dedekind* cit. p. 15 sqq., Strippelmann cit. S. 267 fgg. und beſ. Chambon a. a. O.; ſ. auch Brinz, Lehrb. S. 499. Erwägt man, daß die Prämiſſe der letzteren Meinung, es ſei ſchon dem älteren Rechte eine Reſziſſion des Vertrags wegen ſchwerer Verletzung bekannt geweſen, völlig unſicher und zweifelhaft, und durch die dafür angeführten Pandektenſtellen ganz und gar nicht bewieſen iſt: ſo möchte theoretiſch doch wohl die erſtere, alſo die ſtrengere Anſicht den Vorzug verdienen, und ſehr beachtenswerth erſcheint namentlich in dieſer Beziehung auch noch der Umſtand, daß im ſpäteren römiſchen Rechte nach Diokletian der in den zitirten Reſkripten ausgeſprochene Rechtsſatz völlig ignorirt wird, indem in mehreren Konſtitutionen von Konſtantin und ſpäteren Kaiſern mit Beſtimmtheit ausgeſprochen wird, daß ein Verkauf, blos wegen zu geringen Preiſes, wenn nicht ein Dolus des Käufers hinzukomme, ſchlechthin nicht reſzindirt werden könne, vgl. l. 1. 4. 7. C. Theod. de contr. emt. (3, 1). Dies erklärt ſich ſehr leicht, wenn wir annehmen, daß jene Reſkripte Diokletian's nur eine ſinguläre Entſcheidung dieſes Kaiſers enthielten, aber ſehr ſchwer würde ein ſolches Ignoriren zu begreifen ſein, wenn in jenen Reſkripten ein Rechtsſatz ausgeſprochen wäre, der ſchon im älteren Rechte als jus commune anerkannt, und aus dem Weſen der judicia bonae fidei hervorgegangen wäre. Nur erſt Juſtinian iſt wieder zu jener ſingulären Entſcheidung Diokletian's zurückgekehrt, indem er deſſen Reſkripte in ſeinen Kodex aufnahm, während er die oben angeführten abweichenden Verordnungen ſpäterer Kaiſer theils aus demſelben wegließ (nämlich l. 1. und 7. C. Th. citt.), theils durch Interpolation mit Diokletian's Reſkripten in Einklang brachte (nämlich bei l. 4. C. Th. cit., welche zwar als l. 15. C. J. de resc. vend. aufgenommen, wo aber ſtatt vilioris pretii nomine geſetzt iſt; *paullo* vil. pret. nom.). Wenn nun hiernach der Interpret allerdings wohl die ſtrengere Meinung als die richtigere annehmen muß, ſo iſt doch von jeher die entgegengeſetzte Lehre nicht nur von der Mehrzahl der Juriſten vertheidigt worden, ſondern dieſe hat auch, wie Alle anerkennen, ſeit der Rezeption des römiſchen Rechts eine völlig entſchiedene Praxis für ſich, und ich glaube nicht, daß man dieſer Praxis bei der Rechtſprechung die Anerkennung verſagen darf, da die Frage, worüber ſie entſcheidet, doch in keinem Falle zu den völlig unzweifelhaften und ausgemachten gehört, und ſich überdies leicht nachweiſen laſſen dürfte, daß dieſelbe nicht ſowohl auf einem bloſen theoretiſchen Irrthume beruht, als vielmehr einem fühlbaren Bedürfniſſe des praktiſchen Lebens entgegen kommt. Glaubt man aber doch, trotz dieſer Praxis, die allgemeine Anwendung der l. 2. cit. leugnen zu dürfen, ſo muß man jedenfalls genau bei dem geſetzlichen Falle ſtehen bleiben,

wenn der Verkäufer enormiter lädirt ist, und alle oft vertheidigten Mittelmeinungen sind sicher schlechthin zu verwerfen.

II. Ungeachtet der durch die Praxis angenommenen weiten Ausdehnung der l. 2 und l. 8. citt. muß man aber doch bei einigen zweiseitigen Geschäften die Rescission propter laesionem enormem ausschließen, wie namentlich aus begreiflichen Gründen bei der *emtio spei*, bei gerichtlichen Theilungen, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, und auch bei Vergleichen kann in der Regel keine Rede davon sein. Doch bedarf dieses Letztre noch einer etwas genaueren Betrachtung. Die weit meisten älteren und neuern Juristen gehen von dem Grundsatze aus, daß unser Rechtsmittel bei Vergleichen gänzlich ausgeschlossen sei, vgl. die bei Glück V. S. 90 fg. Not. 45 fg. Angeff., und die früher bisweilen vertheidigten Distinktionen zwischen laesio enormis und laesio enormissima, zwischen außergerichtlichen und gerichtlichen Vergleichen, vgl. Glück cit. Not. 43 fg., haben bei ihrer augenscheinlichen Haltlosigkeit keine nennenswerthe Verbreitung gefunden. Viel beachtenswerther ist jedenfalls die Meinung Thibaut's Verf. II. Nr. 11, welcher nach dem Vorgange von *Cocceji* j. controv. II. 15. qu. 17. obj. II. unterscheidet, ob die Verletzung gerade in demjenigen vorkomme, was als ungewiß durch den Vergleich entschieden werden soll — in welchem Falle natürlich von einer Rescission wegen laesio enormis keine Rede sein könne —, oder in etwas andrem als gewiß vorausgesetzten, wie namentlich in dem Werth der Sache, worüber man sich vergleicht, oder des Objekts, womit eine Partei abgefunden wird — in welchen Fällen eine Anfechtung des Vergleichs wegen laesio enorm. vollständig statthaft sei. Wenn also z. B. A. mit B. über das Eigenthum einer Sache streitet, deren Werth von beiden Transigenten zu 50 Thaler angenommen wird, und sich durch Zahlung von 25 Thaler abfinden läßt, so stehe der rescissorischen Klage nichts im Wege, wenn sich nachher herausstelle, daß das streitige Objekt mehr als 100 Thaler werth sei, und eben so könne auch einer solchen Klage kein begründeter Einwand entgegengesetzt werden, wenn A. seine Ansprüche auf das streitige Hauptobjekt gegen Empfang einer andren Sache aufgebe, welche auf 1000 Fl. taxirt wird, während sie nicht einmal 500 werth sei. Auf der andren Seite könne auch der Abfinder dann wegen laesio enormis klagen, wenn die dem andren Transigenten hingegebene Sache mehr als das Doppelte des als gewiß angenommenen Werths betrage, und wenn A. und B. über ein Pferd, welches 70 werth sei, sich dahin vergleichen, daß A. dem B. eine Uhr in dem angenommenen Werth von 50 dafür überlasse, und es zeige sich, daß die Uhr 300 oder mehr werth sei, so könne der A. unzweifelhaft wegen übermäßiger Verletzung Klage erheben. Obwohl nun diese Ansicht, die auch in früheren Auflagen dieses Lehrb. adoptirt ist, s. auch Chambon a. a. O. S. 174, unleugbar den allgemeinen Billigkeits-Ideen, welche die Praxis dem Rechtsmittel, wegen laesio enormis zu Grunde legt, vollkommen entspricht: so muß man sich doch dagegen erklären. Soll das Recht der Anfechtung wegen übermäßiger Verletzung nicht ganz von seiner positiven Grundlage, der l. 2. C. cit., losgerissen werden, so muß dabei immer nothwendig die Schranke festgehalten werden, daß dieselbe nur dann Statt finden kann, wenn ein Kontrahent noch einmal so viel weggegeben, als er wieder empfangen hat (s. nachher bei III). Hält man

aber dieſe Schranke feſt, ſo iſt von vorne herein klar, daß der Abgefundene niemals wegen laesio enormis klagen kann, denn das, was er weggibt — der ungewiſſe Anſpruch — iſt ja, wenigſtens im Augenblicke des Vergleichs-Abſchluſſes, der allein in Betracht kommt, immer völlig unbeſtimmbar, und derſelbe kann alſo unmöglich beweiſen, daß er um das Doppelte mehr weggegeben, als empfangen habe. In den beiden, oben zuerſt angeführten Beiſpielen iſt demnach keine Reſziſſion des Vergleichs zuläſſig, denn mag auch die zur Abfindung ihm überlaſſene Sache nicht einmal halb ſo viel werth ſein, als ſie angeſchlagen iſt, oder mag umgekehrt die ſtreitige Sache um mehr als das Doppelte den angenommenen Werth überſteigen: ſo hat ja doch A. niemals dieſe Sache, ſondern immer nur ſeinen ungewiſſen, und eben darum unmeßbaren Anſpruch auf die Sache aufgegeben; und da es demnach ſehr wohl möglich iſt, daß er gar kein Recht auf die ſtreitige Sache hat, ſo kann er offenbar in keinem der beiden Fälle in Wahrheit behaupten, daß er um das Doppelte mehr aufgeopfert, als erhalten habe. Wenden wir aber den oben angedeuteten Grundſatz auf die Perſon des Abfinders an, ſo kann dieſer allerdings dann, aber auch nur dann den Vergleich wegen laesio enormis anfechten, wenn der Werth der Abfindungs-Objekts um mehr als das Doppelte den Werth des Streitgegenſtandes überſteigt, und demgemäß kann allerdings in dem dritten oben angeführten Beiſpiele Thibaut's der A. die Reſziſſions-Klage mit Grund anſtellen, weil er 300 weggegeben und höchſtens 70 dafür erhalten hat; wäre aber etwa die Uhr Statt 50 nur 110 werth, ſo würde Thibaut auch hier konſequent die Klage zulaſſen müſſen, während ſie der richtigen Anſicht nach in dieſem Falle entſchieden verworfen werden muß. Vgl. auch Seuffert Lehrb. § 374, Bettinger, über die laesio enormis bei dem Vergleiche S. 11 fgg., Riſch, die Lehre vom Vergleiche. Erl. 1855. S. 233 fgg. — Wenn Viele (vgl Glück XVII. S. 87. Not. 35.) der Meinung ſind, daß auch bei öffentlichen Verſteigerungen die Reſziſſion propter laesionem enormem hinwegfallen müſſe, ſo iſt dies ganz gewiß ungegründet, denn die Behauptung, daß ſich ja bei einer ſolchen Verſteigerung, wo das ganze Publikum konkurrire, der wahre Werth einer Sache aus dem höchſten Gebot ergebe, iſt lächerlich, und eben ſo unwahr iſt es, daß in der Wahl einer ſolchen Verkaufsweiſe ein ſtillſchweigender Verzicht auf das Rechtsmittel propter laesionem enormem enthalten ſei. Gewiß mit Recht iſt daher auch jetzt in Theorie und Praxis die umgekehrte Meinung vorherrſchend, vgl. Glück S. 93 fgg. und die dort S. 93 und 97. Angeff., Thibaut §. 503, Wening §. 260, Unterholzner S. 248, Sintenis Anm. 223, Regelsberger, Vorverfahren S. 167 fgg. u. A. m. — Nimmt man überhaupt mit der Praxis die Vorſchriften der l. 2. und l. 8. citt. als eine generelle Norm an, ſo iſt endlich gewiß auch bei den Mieth- und Pachtverträgen kein genügender Grund vorhanden, die Anwendbarkeit jener Geſetze in Abrede zu ſtellen, und dagegen kann auch die l. 23. locati um ſo weniger angeführt werden, da daraus nur hervorgeht, daß nicht wegen jeder Verletzung ein Miethvertrag angefochten werden kann.

III. Wann eine laesio enormis vorhanden ſei, iſt in der l. 2. C. cit. ſehr klar für den Verkäufer beſtimmt, nämlich „si nec dimidia pars veri pretii soluta sit“. Sehr viel iſt aber ſchon über die Frage geſtritten worden, wann

eine laesio enormis des Käufers anzunehmen sei? Die Glosse nämlich und sehr viele Spätere (vgl. z. B. die bei Glück S. 35 fgg. Angeff.) nehmen an, der Käufer sei schon dann für enormiter verletzt zu halten, wenn er für eine Sache, die 20 werth ist, mehr als 30 gegeben habe, während nach der gewiß richtigeren Meinung nur dann von einer laesio enormis die Rede sein kann, wenn der Kaufpreis mehr als 40 beträgt. Es muß nämlich offenbar das einfache Prinzip aufgestellt werden, daß ein Kontrahent dann enormiter lädirt ist, wenn er nicht einmal die Hälfte von dem wieder bekommt, was er weggegeben hat, ein Prinzip, welches auch schon lange in der Theorie wie in der Praxis allgemein angenommen worden ist, vgl. Glück a. a. O. und die dort S. 38 fgg. Angeff., Batz a. a. O. S. 197 fgg., *Dedekind* cit. p. 21 sqq. und alle neueren Lehr- und Handbücher.

IV. Sind die Voraussetzungen der l. 2. cit. vorhanden, dann stellt der Läsus eine Klage an, die man freilich gewöhnlich die condictio ex l. 2. C. de resc. vend. nennt, und die man wohl auch gar schon für eine condictio indebiti, oder für eine in integrum restitutio, ja sogar für eine actio spolii gehalten hat, die aber doch wohl nichts anderes ist, als die Kontraktsklage, Glück S. 67 fgg., *Dedekind* cit. p. 27 sqq., und zwar wird dieselbe einfach darauf angestellt, daß der Kontrakt reszindirt werde. Der Lädens hat aber das Recht, statt dessen das justum pretium nachzuzahlen, d. h. begreiflich nicht etwa nur so viel, daß nur keine laesio enormis mehr vorhanden ist, sondern so viel, daß der Läsus den vollen wahren Werth, den die Sache im Augenblick des Verkaufs hatte, bekommt. Es ist also hier ein Fall einer s. g. *facultas alternativa* vorhanden, und dies muß denn auch namentlich die wichtige Folge haben, daß wenn die Sache bei dem Lädens ohne dessen Argliſt untergegangen ist, das ganze Rechtsmittel wegfällt, während sich dies anders verhält, wenn das Objekt bei dem Läsus untergeht, denn hier muß demselben noch fortwährend die Klage wegen enormer Verletzung zustehen, ganz so, wie dies bekanntlich bei der actio redhibitoria der Fall ist, vgl. auch Glück S. 115 fgg. — An diesen Sätzen ist auch materiell durch das kanonische Recht, nämlich durch C. 3. und 6. X. de emt. et vend. (3, 17) durchaus nichts geändert worden, denn das Aeußerste, was man darin finden kann, ist, daß der Richter verpflichtet sein soll, seine Sentenz alternativ auf Reszission oder Rückzahlung des justum pretium zu richten, woraus aber doch gewiß nicht gefolgert werden kann, daß das kanonische Recht eine wahre alternative Obligation habe statuiren wollen, was eine äußerst eingreifende Veränderung sein würde. Doch haben diese Bestimmungen des kanonischen Rechts wenigstens das bewirkt, daß man in praxi gewöhnlich auch das Petitum im Klaglibell alternativ faßt, was streng genommen nicht gebilligt werden kann, Glück S. 71 fgg., *Dedekind* p. 35 sqq.

V. Daß die Klage wegen übermäßiger Verletzung nur gegen den Lädens selbst und dessen Erben angestellt werden kann, versteht sich von selbst, und die z. B. noch von Batz a. a. O. S. 202 fgg. vertheidigte Lehre, daß sie auch gegen einen dritten Besitzer gehe, beruht auf keinem nur irgend haltbaren Grunde. Vielmehr bleibt, wenn der lädirende Käufer eine Veräußerung vorgenommen hat, diese vollkommen giltig und unanfechtbar, und sogar die Klage gegen den lädirenden

Käufer selbst muß in einem solchen Falle wegfallen, wenn nicht etwa die Veräußerung arglistig geschah, oder der Lädens durch dieselbe bereichert wurde, vgl. auch Glück S. 77 fgg. S. 112 fgg.

VI. Durch rechtsgiltigen Verzicht wird natürlich die Klage wegen enormer Läsion ausgeschlossen. Ob aber dieses Rechtsmittel auch dann wegfalle, wenn der Verletzte zur Zeit des abgeschlossenen Kontrakts nur weiß, daß er enormiter verletzt ist, ist sehr bestritten, vgl. Glück S. 81 fgg. Ich glaube, nach dem Geiste der Diokletianischen Reskripte, dies verneinen zu müssen. Wenn freilich der Verkäufer den wahren Werth der Sache kannte, aber bei dem Verkaufe beabsichtigte, dem Käufer einen Vortheil zuzuwenden, wie namentlich im Falle eines s. g. Freundeskaufs, so versteht es sich von selbst, daß von Rescission eines solchen Vertrags keine Rede sein kann, weil hier mit dem Verkaufe eine Schenkung koinzidirt. Geschah aber die Veräußerung aus Noth, dann kann gewiß die bloße Bekanntschaft mit dem wahren Werthe der Sache das Rechtsmittel wegen übermäßiger Verletzung nicht ausschließen, vgl. auch außer den bei Glück a. a. O. Not. 18. Angeff. z. B. noch Wening §. 259, Unterholzner S. 248, Sintenis Anm. 223, Holzschuher, Theorie und Kasuistik §. 280. zu 24, *Molitor* p. 163 sqq., Chambon a. a. O. S. 156 fgg., Windscheid §. 396. Not. 6. u. A. m. Doch sind freilich Viele a. M., vgl. z. B. Glück a. a. O. und die dort Angeff., Thibaut §. 503, Schweppe §. 444, Mühlenbruch §. 406. u. A. m.

4) Sicherungs- und Bestärkungsmittel der Verträge.

A) Im Allgemeinen. §. 612.

Koch II. S. 320 fgg., Unterholzner I. S. 63 fgg.

B) Insbesondere.

a) Schuldschein. §. 612a.

Anm. Während die herrschende Lehre den Schuldschein wesentlich als Beweismittel auffaßt, und nur dann, wenn demselben ein ausdrückliches Zahlungsversprechen beigefügt ist, zugleich den Abschluß eines Konstitutum annimmt, sucht Bähr in seiner mit Recht hochgeschätzten Schrift: die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Kassel 1855. 2. Aufl. 1867. §. 58 fgg. 2. Aufl S. 255 fgg. (vgl. auch dessen Abh. in Jhering's Jahrbb. S. 283 fgg. bes. S. 324 fgg. S. 412 fgg.) im Gegensatz hierzu den Beweis zu führen, daß jeder Schuldschein, einerlei ob er ein ausdrückliches Zahlungs-Versprechen enthält oder nicht, nicht nur beweisend, sondern obligirend wirke, indem durch das Geben und Nehmen des Schuldscheins ein Anerkennungsvertrag (s. unten §. 669a Anm.), also ein Formalkontrakt abgeschlossen werde. Der Aussteller nämlich, indem er

seine Verpflichtung von dem materiellen Schuldverhältniß ablöse, und sie in den streng einseitigen Schuldschein konzentrire, isolire dadurch sein Versprechen von seiner causa und erhebe es zu einem abstrakten, so daß jetzt der Schuldschein ganz die Funktion der römischen stipulatio debiti erfülle. Die wesentlichen praktischen Konsequenzen dieser Theorie aber seien, daß der Schuldschein für den Gläubiger ein selbständiges Klagfundament bilde, welches er unabhängig von der ursprünglichen causa debendi geltend zu machen berechtigt sei, ferner daß der Schuldschein nicht schon wegen Nichtexistenz der causa angefochten werden könne, sondern dazu außerdem noch die Nachweisung eines entschuldbaren Irrthums erforderlich sei, und endlich, daß dadurch auch die cautio indiscreta zu einer praktischen Geltung gelange, und dadurch einem fühlbaren Bedürfniß des Rechtslebens in befriedigender Weise abgeholfen werde. Diese Lehre, so deduzirt Bähr weiter, habe natürlich im klassischen römischen Rechte keine Geltung haben können, weil ja der obligatorische Vertrag die Stipulationsform verlangt habe; im späteren Kaiserrechte, in welchem die Stipulation schon fast ganz in den einfachen Schuldschein aufgegangen sei, zeige sich aber schon in sehr erkennbarer Weise eine Hinneigung zu derselben, vgl. z. B. l. 3. 6. C. Th. de denunc. (2, 4), tit. C. Th. si certum petatur de chirographo (2, 22), und es sei also nur eine konsequente und naturgemäße Fortentwicklung, wenn dieselbe in unsrem heutigen Rechte, in welchem der formlose Vertrag die Funktion der stipulatio vollkommen zu erfüllen im Stande sei, zu voller Anerkennung gelange. Vgl. auch Brinz, Lehrb. §. 100. („Schuldscheinforderung"), Windscheid in der krit. V.J.S. I. S. 106 fgg., Witte, Bereicherungskl. S. 252, Wetzell, Zivilproz. (2. Aufl.) §. 22. — Ich kann dieser Lehre nicht beistimmen:

1) Was zunächst einen Schuldschein anbelangt, welcher die causa debendi enthält, dem aber kein Zahlungsversprechen beigefügt ist (z. B. „ich bescheinige, daß ich dem Titius als Kaufpreis für ein von ihm erkauftes Pferd 100 schulde"), so scheint es mir ganz unzweifelhaft zu sein, daß derselbe nichts weiter als ein Zugeständniß der früher kontrahirten Schuld enthält, und also nichts als ein Beweismittel ist. Zwar meint Bähr S. 257, in jedem solchen Schein sei auch ein stillschweigendes Zahlungsversprechen enthalten, denn es verstehe sich von selbst, daß, wer seinem Gläubiger gegenüber sich schuldig bekenne, auch zahlen, und also auch zur Zahlung sich verpflichten wolle, vgl. auch Wetzell a. a. O. Not. 3, aber das Irrige dieser Behauptung leuchtet von selbst ein. Wer einen solchen Schuldschein ausstellt und seinem Gläubiger übergibt, spricht damit gewiß nur den Willen aus, seinem Gläubiger ein Beweismittel für die früher kontrahirte Schuld zu verschaffen, aber nicht auch den Willen, eine Verbindlichkeit irgend einer Art zu kontrahiren, und da das, was der Schuldner nach dem Inhalt seiner Erklärung allein will, dem Gläubiger ein Beweismittel gewähren, für diesen schon von wesentlichem Interesse ist, so daß der Akt, wenn man ihn auch auf diesen einzigen Zweck beschränkt, wahrlich nicht als ein bedeutungsloser erscheint: so sind wir durch gar nichts berechtigt, demselben eine noch weiter gehende Bedeutung beizulegen, die in dem Inhalt der Erklärung auch nicht den mindesten Anhalt findet. Freilich will Bähr S. 258 deduziren: „ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen, und die Schuld wollen,

heißt die Schuld versprechen", aber es bedarf dies für den Unbefangenen keiner besondren Widerlegung. Vgl. auch Schlesinger, Formalkontr. S. 148 fgg., Bruns in der Zeitschr. für Rg. I. S. 94 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 284. Not 6, Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 204 fgg.

2) Wenn einem Schuldschein, welcher den Schuldgrund enthält, auch noch ein Erfüllungsversprechen zugefügt ist (z. B. „ich bescheinige dem Titius aus dem und dem Kaufgeschäft einen Kaufschilling von 100 schuldig zu sein, und verspreche, diese 100 mit 5 p. C. am 1. Januar zu zahlen"): so enthält schon nach röm. Rechte diese Urkunde außer dem voll beweisenden Zugeständniß der Schuld einen obligatorischen Vertrag, nämlich ein Konstitutum (vgl. §. 672), so daß dieselbe das Klagfundament für die actio de pecunia constituta zu bilden geeignet ist. Nach der herrschenden Lehre ist dieses auch noch ganz eben so im heutigen Rechte. Dagegen glaubt Bähr weiter gehen zu müssen; er glaubt, daß jene Auffassung bei den Römern nur darin ihren Grund gehabt habe, weil der formlose Vertrag keine abstrakte Obligation zu erzeugen vermocht habe; da dieses Hinderniß h. z. T. hinweggefallen sei, so müßten wir in einem solchen einseitigen aus dem übrigen Vertrags-Verhältniß abgelöst'ten Versprechen einen von seiner causa isolirten Vertrag, also einen Formalkontrakt anerkennen. Ich bezweifle nicht, daß eine solche Auffassung h. z. T. möglich ist, vgl. §. 600. Anm., aber ich muß es in Abrede stellen, daß wir dazu genöthigt, oder daß wir auch nur berechtigt seien, dieselbe als die regelmäßige anzunehmen. Im Gegentheil stempelt der Umstand, daß das Versprechen ausdrücklich die causa in sich aufnimmt — der Promittent verspricht nicht schlechthin 100, sondern er verspricht, die 100 zu zahlen, die er als Kaufschilling schuldet —, den Vertrag zu einem individualisirten, wie dies auch schon im römischen Rechte nach richtigerer Ansicht ganz eben so bei der stipulatio debiti der Fall war, vgl. §. 600. Anm., und nur, wenn besondre vom Gläubiger zu beweisende Gründe vorliegen (wie z. B. wenn der Aussteller wissentlich eine Nichtschuld zugestanden und zu bezahlen versprochen hätte), darf ein abstrakter, ein von Bähr s. g. Formalkontrakt angenommen werden. Uebrigens ist die praktische Verschiedenheit zwischen der gemeinen und der Bähr'schen Lehre nicht sehr bedeutend, und reduzirt sich im Wesentlichen auf Folgendes. Während Bähr annimmt, zur Entkräftung eines solchen Schuldscheins müsse der Aussteller außer der Nichtexistenz der causa auch noch seinen entschuldbaren Irrthum beweisen, muß nach der herrschenden Lehre umgekehrt, wenn die Nichtexistenz der Schuld feststeht, der Gläubiger darthun, daß der Aussteller seine Nichtschuld gekannt habe. —

3) Wenn der Schuldschein keine causa debendi enthält — s. g. cautio indiscreta —, wohl aber demselben ein Zahlungs-Versprechen zugefügt ist (z. B. „ich bescheinige, dem Titius 100 schuldig zu sein, und verspreche dieselben am 1. Januar zu bezahlen"): so geht die herrschende Lehre davon aus, daß hier zwar ein rechtsgiltiges Konstitutum abgeschlossen sei, daß aber, — da zur Begründung der actio de pec. const. auch noch wesentlich die Existenz der konstituirten Schuld gehört, diese aber durch einen solchen allgemeinen Schuldschein nicht bewiesen werden kann — es zur Anstellung und Durchführung der konstitutorischen Klage noch weiter erforderlich sei, daß der Kläger eine causa debendi

der konstituirten Schuld im Klaglibell anführe, und dieselbe auch — und zwar natürlich durch andre Beweismittel, als durch die hierfür untaugliche cautio indiscreta — vollständig beweise. Es sind in unsren Tagen zwei abweichende Theorieen aufgestellt worden, um der cautio indiscreta größere Bedeutung zu verschaffen. Einige nämlich behaupten, daß zur Substanziirung der actio de pec. const. es gar nicht nöthig sei, die causa der konstituirten Schuld anzuführen, sondern daß es genüge, das Vorhandensein einer Schuld anzugeben, und daß diese Voraussetzung durch das in einem solchen Schuldschein enthaltene allgemeine Geständniß der Schuld bewiesen werde, vgl. Schlesinger, Formalkontr. S. 47 fgg. S. 141 fgg., Bruns in der Zeitschrift für Rg. I. S. 118 fgg. Dagegen glaubt Bähr §. 63. 2. Aufl. S. 280 fgg. auch in diesem Falle ein abstraktes Versprechen annehmen zu dürfen, und da die Klage aus einem solchen gar nicht die Existenz einer frühern Schuld voraussetze, und der Kläger also auch keine solche zu beweisen habe, so schadt es nichts, daß das allgemeine Schuldbekenntniß keine Beweiskraft habe. Ich halte die erste dieser beiden Theorieen für jedenfalls verwerflich. Wenn wirklich zur Begründung der actio de pec. const. die Existenz einer frühern Schuld nothwendig ist. — wie dies ganz unzweifelhaft der Fall ist —, so muß m. E. zur Substanziirung und zur Beweisführung genau dasselbe verlangt werden, was auch bei der Klage aus der früheren Schuld nothwendig ist, da sich weder aus innern Gründen noch aus den Gesetzen eine verschiedene Behandlung beider Fälle rechtfertigen läßt, und wenn bei der Klage aus der Schuldforderung selbst eine cautio indiscreta kein genügendes Beweismittel ist, so muß konsequent dasselbe auch bei der Klage aus dem Konstitutum angenommen werden, vgl. auch Wetzell, Civ.-Pr. 2. Aufl. §. 22. Not. 1., Unger in Ihering's Jahrb. VIII. S. 210 fgg. Dagegen würde ich für diesen Fall aus allgemeinen Gründen der Bähr'schen Theorie unbedenklich beistimmen. Gerade weil das generelle Schuldbekenntniß ohne alle rechtliche Wirkung ist, drängt sich uns die Vermuthung auf, daß dasselbe auch in dem Bewußtsein und dem Willen der Kontrahenten keine wesentliche Bedeutung haben soll und also das sich daran anschließende Schuldversprechen wirklich ein abstraktes Versprechen ist, wobei die zugestandene Schuld nicht als Bedingung, sondern nur als Veranlassung oder höchstens Voraussetzung (im Sinne Windscheid's) aufzufassen ist; und ähnliche Betrachtungen sind es, durch welche auch Unger a. a. O. S. 213 fgg. für diesen Fall zur Adoption der Bähr'schen Theorie bestimmt worden ist. Leider ist uns aber auch dieser Ausweg verschlossen, da durch spezielles Gesetz unsre Frage anders entschieden ist, und zwar ist dieses Gesetz die schon früher behandelte l. 25. §. 4. de probat. (22, 3). Der dort entschiedene Fall ist genau der unsrige: eine generelle Anerkennung der Schuld und eine sich daran anschließende stipulatio debiti (also eine Form des Versprechens, die schon nach römischem Recht einen abstrakten Vertrag zu begründen geeignet war), und die Entscheidung geht dahin, daß jener Gesichtspunkt bestimmt abgelehnt und dem Gläubiger der volle Beweis der Schuld aufgelegt wird, vgl. §. 600. Anm. Nach diesem m. E. ganz unzweideutigen Gesetz muß die herrschende Lehre auch für diesen Fall als die richtigere angesehen werden, vgl. auch Windscheid, Lehrb. §. 284. bei Not. 9.

4) Wenn endlich ein Schuldschein ohne Angabe eines Schuldgrunds und ohne Zufügung eines Zahlungsversprechens in Frage steht (z. B. „ich bekenne, dem Titius 100 schuldig zu sein"), so glaube ich in diesem Falle anders, wie in dem Falle unter 1) annehmen zu müssen, daß allerdings ein Erfüllungsversprechen subintelligirt werden muß. Der Wille, dem Gläubiger ein Beweismittel zu verschaffen, kann hier nicht angenommen werden, da ein solcher Schuldschein keine Beweiskraft hat, und da wir die Ausstellung und Einhändigung desselben doch nicht als ganz leeren Akt ansehen dürfen, so bleibt nichts andres übrig, als ein stillschweigendes Erfüllungsversprechen anzunehmen; vgl. auch Bruns a. a. O. S. 130, Windscheid a. a. O. Not. 11. Demnach ist dieser Fall ganz so, wie der Fall bei Nr. 3 zu behandeln, d. h. es muß der Abschluß eines constitutum angenommen werden, wobei aber der Gläubiger verpflichtet ist, die konstituirte Schuld durch anderweite Beweismittel darzuthun. — Uebrigens ist schon an einem andren Orte bemerkt worden, daß ein Schuldschein, in welchem der Aussteller bescheinigt, „dem Titius 100 versprochen zu haben" keine cautio indiscreta ist, sondern dadurch in genügender Weise das Dasein eines abstrakten Versprechens bewiesen wird, vgl. §. 600. Anm. —

Die hier dargestellten Grundsätze können möglicher Weise eine Modifikation erleiden, wenn der Schuldschein einmal ausnahmsweise einen ächten Anerkennungs-Vertrag involvirt, worüber dann die Grundsätze des §. 669a. gelten.

b) Von der arrha. §. 613.

Glück XVI. S. 91 fgg. und die dort in Not. 62. Angeff., *Zumbach*, de arrha contrahentium. Jen. 1828, *Hessdoerfer*, de arrha. Hann. 1856. — Koch II. S. 329 fgg., Unterholzner I. S. 65 fgg., II. S. 869 fgg., *Molitor* I. p. 219 sqq., Savigny, Oblig. II. S. 267 fgg. Vgl. auch Muther, Sequestration. Beil. II. S. 369 fgg.

1) *Gai.* l. 35. pr. de contr. emt. (18, 1): Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quod sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio.

2) *Scaevola* l. 6. pr. de lege commissoria (18, 3): De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

3) *Justinian.* l. 17. fin. C. de fide instrument. (4, 21): — — Illud etiam adjicientes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emtione cujuscunque rei datae sunt sive in scriptis

sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emtione recedens datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.

b) Von der Konventionalstrafe. §. 614.

de Retes, praelect. ad tit. Dig. de V. O. Pars II. tract. 1. (in Meerm. thes. VII. p. 413 sqq.), *Lauterbach*, de poena conventionali. Tub. 1666. (in Diss. acad. III. 113), Glück IV. S. 529 fgg., *Kersten*, de poena conventionali. Lips. 1839, Liebe, Stipulation S. 303 fgg., Wolff, Mora S. 36 fgg., Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel V. 1. S. 58 fgg., Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 87 fgg., Maxen, über Beweislast, Einreden und Exzept. S. 221 fgg., Salpius, Novat. und Deleg. S. 239 fgg., Salkowski, Novation S. 194 fgg. — Koch II. S. 337 fgg., Unterholzner I. S. 247 fgg., Sintenis II. §. 88, Holzschuher III. §. 242β, *Molitor* I. p. 191 sqq., Savigny II. S. 272 fgg.

1) §. ult. de V. O. (3, 15): Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis incerta sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici poena debet: Si ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes? Sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda: Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?

2) *Justinian.* l. 12. C. de contr. v. comm. stipul. (8, 38): Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebeat, amputantes, sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori vel alii, quem stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat, minime se posse ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit. Sed etiam

citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, quum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

3) *Papinian.* l. 115. §. 2. de V O.: Item si quis ita stipuletur: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* Pegasus respondit, non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret; idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem, et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coepit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* sed ita concepta sit stipulatio: *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?* quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur.

Anm. Wenn auch nicht verkannt werden kann, daß eine Pönalstipulation wesentlich die Natur eines bedingten Vertrags an sich trägt, und demgemäß wichtige dabei vorkommende Fragen, wie namentlich, unter welchen Voraussetzungen dieselbe statthaft, und wann die poena commissa sei? im Allgemeinen aus der Theorie der Bedingungen beantwortet werden müssen: so führt doch die ausschließliche Auffassung dieses Gesichtspunkts, wie sie z. B. bei Wolff a. a. O. vorkommt, zu nicht unbedeutenden Irrthümern. Es muß vielmehr daneben auch der andere Gesichtspunkt festgehalten werden, daß durch die Zufügung einer Konventionalstrafe eine andre Obligation gesichert werden soll, und aus diesem Zusammenhang des Pönalvertrags mit einer andren Obligation ergeben sich nicht unwichtige Resultate, wodurch mehrfach die reine Theorie der Bedingung unanwendbar gemacht wird. Man vergleiche auch nur z. B. l. 44. §. 5. und 6. de O. et A. (44, 7), und l. 115. §. 2. de V. O. (T. 3.), in welchen Stellen Paulus und Papinian die beiden Fälle scharf entgegensetzen, wenn blos ein einfacher bedingter Vertrag vorhanden ist („Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?"), und wenn eine reine Obligation, und daneben ein Pönalvertrag abgeschlossen wird („Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?") — Es kommt hierbei noch insbesondre auf folgende Punkte an:

I. Eine Konv.-Strafe kann nicht blos bei giltigen Obligationen vorkommen, — einerlei, ob klagbar oder nicht —, sondern selbst auch bei an sich ungiltigen, wie namentlich, wenn Jemand die Leistung eines Dritten verspricht, oder sich für einen Dritten etwas versprechen läßt (s. oben S. 289 und 297). Ist jedoch die Erfüllung der prinzipalen Obligation unmöglich, so ist auch der Pönalvertrag ungiltig, l. 69. de V. O. (45, 1):

> *Ulp.* „Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis comittetur, quemadmodum *si quis Stichum mortuum dari stipulatus*, si datus non esset, poenam stipuletur",

und schon hierin zeigt es sich, daß nicht die reine Theorie der Bedingungen zur Anwendung kommt, denn darnach müßte offenbar in solchem Falle die Strafe umgekehrt sogleich fällig sein, da ja die s. g. negativ unmöglichen Bedingungen — wenn der Nichteintritt von etwas Unmöglichem zur Bedingung gesetzt ist — zu den conditiones necessariae gehören, und folglich das so bedingte Versprechen in der That ein unbedingtes ist (s. oben Bd. I. §. 93. Anm. 3. S. 135). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß ein Pönalvertrag auch dann ungiltig ist, wenn die durch den prinzipalen Vertrag übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt werden darf (wenn sie contra jus oder contra bonos mores geht), cf. l. 26. 35. 123. de V. O., und auch dann fällt die Konv.-Strafe hinweg, wenn gerade in dem Zufügen eines solchen Pönalvertrags und der dadurch bewirkten psychischen Nöthigung ein Verstoß contra bonos mores liegt, wie z. B. wenn einem Eheversprechen, einem Versprechen der Erbeinsetzung u. dgl. eine Pönalstipulation beigefügt ist, l. 61. pr., l. 134. pr. de V. O., l. 2. C. de inut. stip. (8, 39).

II. Die Größe der Konv.-Strafe hängt ganz von dem Belieben der Partheien ab, und braucht so wenig im Verhältniß zur Größe des principaliter zu leistenden Objekts zu stehen, daß unbedenklich auch das Doppelte, Dreifache u. s. w. als Strafe ausbedungen werden darf, l. 56. pr. de evict. (21, 2), cf. l. 32. pr. de recept. (4, 8), l. 38. §. 17. fin. de V. O. Die bisweilen vertheidigte Meinung, daß doch die oben §. 571. Anm. 4. S. 46 fgg. näher besprochene Verordnung Justinian's in l. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest prof. (7, 47) auch auf Konv.-Strafen bezogen werden müsse, und diese also das Doppelte nicht übersteigen dürften, ist sicher unhaltbar. Allerdings aber ist insofern eine Beschränkung in Betreff der Quantität begründet, daß der Pönalvertrag dann, wenn er wegen verspäteter Lieferung von Forderungen abgeschlossen wird, nicht zur Umgehung der Zinsgesetze, also zur Verschleierung eines Zinswuchers misbraucht werden darf, l. 13. §. 26. de act. emt. vend. (19, 1), l. 9. pr. l. 44. de usur. (22, 1), l. 5. C. eod. (4, 32).

III. Die Konv.-Strafe ist dann, wenn ein Unterlassen versprochen war, natürlich im Augenblick des Entgegenhandelns verfallen. Besteht aber die durch die Strafe gesicherte Verbindlichkeit in einem positiven Thun, so muß unterschieden werden, ob eine Frist festgesetzt ist oder nicht.

1) Wenn eine Frist gesetzt ist, so ist die poena commissa im Augenblick der abgelaufenen Frist, l. 23. de O. et A. (44, 7), l. 12. C. de contr. stip.

(T. 2). Dabei kommt auch gar nichts darauf an, ob der Debitor in Schuld ist oder nicht, vgl. beſ. l. 77. de V. O.:

Paul. „Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita“, ſ. auch l. 9. de naut. foen. (22, 2), und nur bei ſolchen Pönalverträgen, welche zum Zweck der Rechtsverfolgung vor dem öffentlichen oder dem Schiedsrichter abgeſchloſſen werden, wird wegen unverſchuldeter Verhinderung eine exceptio eingeräumt, l. 2. §. 1 sqq., l. 4. pr. §. 1 sqq. si quis caut. (2, 11), l. 21. §. 9. de recept. (4, 8), Unterholzner S. 251, Wolff S. 19 fgg., S. 38 fgg. Wenn Manche, z. B. jetzt auch wieder Savigny a. a. O. S. 79 fgg., aus dieſen letztren ganz ſpeziellen Entſcheidungen folgern wollen, daß überhaupt bei Geſchäften, deren Charakter auf der bona fides beruhe, alſo h. z. T. immer, zur Verwirkung der Strafe die Verſchuldung des Debitor vorausgeſetzt werde, ſo halte ich dies für völlig unzuläſſig. Lag jedoch die Schuld der nicht rechtzeitigen Erfüllung an dem Kreditor, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſeiner Strafforderung eine exceptio doli entgegenſteht, l. 1. §. 3. de eo, per quem fact. (2, 10), l. 23. §. 3, l. 40. de recept. (4, 8), l. 9. §. 1. de usur. (22, 1, l. 8. de naut. foen. (22, 2), l. 122. §. 3. de V. O. — Iſt die Strafe einmal durch Ablauf der Friſt verfallen, ſo kann ſpätere Erfüllung nur dann die Strafforderung abwenden, wenn der Gläubiger freiwillig die Zahlung annimmt, l. 23. pr. de recept. (4, 8), l. 23. de O. et A. (44, 7).

2) Wenn keine Friſt geſetzt iſt, ſo iſt die Strafforderung dann begründet, wenn die Leiſtung nicht erfolgt, obwohl ſie hätte erfolgen können, l. 115. §. 2. de V. O. (T. 3), und auch hier zeigt ſich wieder die Unanwendbarkeit der reinen Theorie der Bedingungen, denn darnach müßten nach dem bekannten Grundſatze, daß negative Bedingungen erſt dann erfüllt ſind, wenn es gewiß iſt, daß ein factum contrarium nicht mehr vorkommen kann, die Strafforderung ſo lange in pendenti bleiben, als dem Debitor die Leiſtung des ſchuldigen Faktum noch möglich iſt. Wirklich gilt dies auch, wenn die Stipulation, wie Papinian ſagt, a conditione incipit, und ſo kann bei der Stipulation „si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?“ nicht eher auf 100 geklagt werden, als bis die Hingabe des Sklaven unmöglich geworden iſt, während bei dem eigentlichen Pönalvertrag: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?“ wie geſagt, ſchon gleich dann die Strafe fällig iſt, „postquam homo potuit dari“. — Wenn Viele behaupten, es gehöre dazu auch Interpellation, ſo beruht dies auf der ganz falſchen Vorausſetzung, daß zur Fälligkeit der Strafe eigentliche Mora erfordert werde; jedoch läßt ſich für einen, aber h. z. T. gewiß ſeltenen Fall dieſes Erforderniß rechtfertigen, wenn nämlich bei einer Pönalſtipulation der Gedanke zu Grunde läge, daß von dem Momente der poena commissa an die Hauptobligation ſich auflöſen, und nur noch der Pönalvertrag wirkſam ſein ſoll (vgl. unten IV. 1), denn hier kann dieſe translatio oder transfusio gewiß nicht eher eintreten, als bis der Gläubiger interpellirt hat, und dieſe Interpellation fruchtlos geblieben iſt, arg. l. 24. quando dies legat. (36, 2). In allen übrigen Fällen kann auf Interpellation um ſo

weniger etwas ankommen, da der Schuldner nach der richtigeren Ansicht auch dann, wenn der Gläubiger die Strafe einfordert, sich doch noch immer bis zur Litiskontestation durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit von Leistung der Strafe befreien kann, l. 21. §. ult., l. 22. 23. pr., l. 52. de recept. (4, 8), l. 122. §. 2. de V. O. (in welcher letztern Stelle man wohl gewiß nicht mit Vielen eine Singularität in favorem libertatis erblicken darf).

Für beide unter Nr. 1. und 2. bemerkten Fälle gilt aber noch die gemeinsame Bemerkung, daß nur vollständige Erfüllung den Anspruch auf die Strafe aufhebt, l. 47. de act. emt. vend. (19, 1), l. 5. §. 3. 4, l. 85. §. 6. de V. O., und nur dann kann theilweise Erfüllung auch theilweise die Strafe abwenden, wenn eine darauf gerichtete Absicht der Kontrahenten nachweisbar ist, vgl. l. 9. §. 1. si quis caut. (2, 11). Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Fälle, wenn mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger vorhanden sind, ergibt sich von selbst, vgl. auch oben S. 14. Nr. 3.

IV. Was die Wirkungen eines Pönalvertrags anbelangt, so ist hier zunächst

1) der Fall in's Auge zu fassen, wenn die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet ist, daß die Pönalstipulation nicht sowohl ein Accessorium einer andren obligatio, sondern vielmehr eine selbständige obligatio sein soll, die mit einer andren nur in der Verbindung steht, daß die Nichterfüllung dieser letzteren für sie als conditio beigefügt ist. Namentlich war dies bei den Römern dann der Fall, wenn sich Jemand in einer und derselben Stipulation eine gewisse Leistung, und für den Fall der Nichtleistung eine Strafe versprechen ließ, wenn also die Stipulation so lautete: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?“ Für einen solchen Fall enthält freilich die l. 115. §. 2. cit. (T. 3) die Andeutung, daß darin möglicher Weise auch die Absicht der Kontrahenten ausgesprochen sein könne, daß dann, wenn die Bedingung des zweiten Versprechens eintrete, beide Leistungen gemacht werden sollten („quum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, *et homo et pecunia debeatur*“). Um aber dies annehmen zu können, mußten freilich besondre Gründe vorhanden sein, indem ohnedies ein solches Versprechen ganz anders ausgelegt werden mußte, wie namentlich Paulus in der vielbesprochenen und sehr oft mißverstandenen l. 44. §. 6. de O. et A. andeutet:

> „Si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, *an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat; quod magis verum est*;“

cf. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. VI. p. 674 sqq., Liebe a. a. O. S. 309 fgg. und die dort Angeff., Gerber S. 87 fgg., Maren S. 225 fgg., Salkowski S. 201 fgg. Verbindet man namentlich mit der l. 44. cit. zwei andere Paulinische Stellen, in denen ein ähnlicher Fall behandelt wird, wenn ein Testator gesagt hatte: „heres meus Sejo penum dato, si non dederit, decem dato“, nämlich l. 1. §. 8. ad leg. Falcid. (35, 2), und l. 24. quando dies legator. (36, 2), so ergibt sich folgender unzweifelhafter Sinn der l. 44 cit.: Wenn eine Stipulation in der oben bemerkten Weise abgeschlossen ist, so ist

zunächst blos die pure versprochene Leistung in obligatione; zahlt aber der Schuldner nicht rechtzeitig (d. h. läßt er die Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung unberücksichtigt, l. 24. quando dies leg.), so erlöscht nun die erste Obligation, und an ihre Stelle tritt ausschließlich die zweite bedingte Obligation, so daß also von diesem Moment an gleichsam eine Novation vor sich geht. Paulus nimmt hier also ein successives Verhältniß zweier Obligationen in der Art an, daß zuerst ausschließlich das pure versprochene, dann aber, wenn der Schuldner in Verzug gekommen sei, ausschließlich das sub conditione versprochene Objekt in obligatione sei. Da jedoch hiernach der Gläubiger niemals das pure versprochene Objekt wirklich einklagen kann — denn mit der nothwendig gewordenen Klage wäre ja doch jedenfalls die Bedingung der zweiten Obligation erfüllt, und damit die erste Obligation quasi novatione vernichtet worden —, da man also eigentlich nicht sagen konnte, daß das pure versprochene Objekt jemals *in petitione* sei, so zogen andre römische Juristen die Ausdrucksweise vor: es sei in den oben bemerkten Stipulationsfällen das pure versprochene Objekt immer nur in solutione, und blos das sub conditione versprochene Objekt sei wahrhaft in petitione oder in obligatione, vgl. namentlich Papinian in l. 115. §. 2. fin. de V. O. („quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo *solvatur*, aut pecunia *petatur*“); vgl. auch Marcellus und Ulpian in l. 1. de penu leg. (33, 9) und Julian in l. 19. quando dies legat. (36, 2). Ungeachtet dieses Dissenses im Ausdruck waren aber doch der Sache nach sämmtliche römische Juristen, so viel wir wissen, im Wesentlichen einverstanden, und zwar stimmt Paulus — wie wir aus l. 84. de V. O. sehen — selbst darin mit seinen Gegnern überein, daß auch er dem Schuldner die Befugniß einräumt, sich bis zur Litiskontestation hin durch Leistung des pure versprochenen Objekts liberiren zu dürfen. Hiernach stellt sich für das Justinianische Recht das einfache Resultat heraus: wenn so, wie oben bemerkt ist, eine Stipulation abgeschlossen wird, so kann der Gläubiger immer nur auf die bedungene Strafe klagen, aber der Schuldner hat die Befugniß, bis zur Litiskontestation sich durch Leistung des pure versprochenen Objekts dieser Strafforderung zu entziehen. — Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß Fälle dieser Art möglicher Weise auch noch in unsrem heutigen Rechtsleben vorkommen können; aber in der That kommen sie wohl nur äußerst selten vor, und jedenfalls ist immer eine besondre Beweisführung nöthig, daß die Kontrahenten den Pönalvertrag gerade in dieser Absicht abgeschlossen haben; denn zu präsumiren ist ein solcher Vertrag niemals, da die gleich bei Nr. 2. zu behandelnden Fälle die unbestrittene Regel bilden, und eben so fehlt es auch h. z. T., nach dem Wegfallen der Stipulation, an einer entsprechenden Form, aus deren Anwendung unmittelbar eine solche Vertrags-Intention der Kontrahenten hervorgeht.

2) Die bei Nr. 1. behandelten Fälle charakterisiren sich dadurch, daß dabei der Pönalvertrag gar nicht als Accessorium einer prinzipalen Obligation erscheint, sondern im Grunde die poena das eigentliche Obligations-Objekt ist. Wesentlich davon verschieden sind die Fälle, in denen wirklich eine selbständige prinzipale Obligation z. B. ein Kaufgeschäft, eine Sozietät, ein Vergleich u. dgl.

abgeschlossen ist, und nur accessorisch zur Sicherheit derselben eine Pönalstipulation zugefügt wird. Hier eine durch den Pönalvertrag bewirkte quasi novatio anzunehmen, oder zu behaupten, daß das Objekt der prinzipalen Obligation nur in solutione, und blos die poena in obligatione sei, war offenbar unzulässig, und wirklich gehen denn auch hier die römischen Juristen von einem ganz andern Gesichtspunkte aus. In Fällen dieser Art wird nämlich unbedenklich angenommen, daß auch, wenn die poena commissa sei, doch die prinzipale Obligation noch unverändert bestehen bleibe, und der Gläubiger jetzt die Wahl habe, ob er die Erfüllung der prinzipalen Obligation durchsetzen, oder ob er die Strafe einfordern wolle; und zwar tritt diese Regel nicht blos dann ein, wenn durch den Pönalvertrag gerade die Erfüllung einer anderweiten obliegenden Verbindlichkeit gesichert werden soll, l. 41. 42. 71. pro socio (17, 2), l. 28. de act. emt. vend. (19, 1), l. 4. §. 7. de dol. mal. exc. (44, 4), l. 14. C. de pact. (2, 3), sondern ganz eben so auch, wenn Nachlaßverträge oder Vergleiche durch die Verabredung einer Buße bekräftigt werden sollen, l. 10. §. 1. de pact. (2, 14), l. 15. de transact. (2, 15), l. 12. §. 2. de pact. dotal. (23, 4), l. 40. C. de transact. (2, 4). Dabei versteht sich denn auch von selbst daß, was immer der Gläubiger erwähle, der Schuldner daran gebunden ist, so daß also, wenn derselbe auf Erfüllung der Obligation dringt, der Schuldner sich nicht durch Zahlung der Strafe davon befreien kann, vgl. auch l. 40. C. cit. („si adversarius hoc maluerit"), und wenn derselbe die Strafe einfordert, der Schuldner nur unter den oben bei III. 1. a. E. und III. 2. a. E. bemerkten Voraussetzungen dieser Forderung ausweichen kann. — In den Fällen, in denen Statt der wirklichen Erfüllung der Obligation das id quod interest gefordert werden kann, hat also in Gemäßheit unserer Regel der Gläubiger die Wahl, ob er das Interesse oder die Strafe einklagen will, und dabei kommt dann noch die Eigenheit vor, daß, wenn das Interesse mehr beträgt, als die Strafe, oder umgekehrt, immer noch das Plus nachgefordert werden darf, l. 41. 42. pro socio (17, 2), l. 28. de act. emt. vend. (19, 1).

3) Von der gesetzlich begründeten Regel, daß der Gläubiger die Wahl hat, können aber nach verschiedenen Seiten hin Ausnahmen vorkommen. So kann es namentlich:

a) der Fall sein, daß die Konventional-Strafe die Natur des Reugeldes annimmt (s. g. mulcta poenitentialis, Wandelpön), wodurch dann der Debitor das Recht erhält, sich durch Erlegung der verabredeten Buße von der Erfüllung des Hauptvertrags zu befreien. Im Gegensatz zu den vorher bei Nr. 1. dargestellten Fällen, stellt sich das Verhältniß hier so heraus, daß zwar nur das Objekt des Hauptvertrags in obligatione, die Strafe aber stets in solutione ist.

b) Es kann auch vorkommen, daß nur die Strafe von dem Gläubiger gefordert werden darf, und zwar ist dies namentlich dann der Fall, wenn die prinzipale Obligation ungiltig ist, wie z. B. wenn die Leistung an einen Dritten versprochen wurde.

c) Endlich kann es aber auch vorkommen, daß die Absicht der Partheien darauf gerichtet ist, daß beides zugleich, Erfüllung der prinzipalen Obligation

und Strafe gefordert werden dürfe. Namentlich ist dies der Fall, wenn die Strafe gerade nur für den Fall etwaiger Verspätung der schuldigen Leistung bedungen wird; aber auch abgesehen davon wird es nicht selten von den Partheien so bestimmt, wie namentlich bei Vergleichen, Erbtheilungen u. dgl., in welchen Fällen sich die Römer der Klausel: *rato manente pacto* bedient zu haben scheinen, vgl. l. 16. de transact. (2, 15), l. 17. C. eod. (2, 4), vgl. auch l. 122. §. ult. de V. O. Wie diese Stellen die Meinung veranlaßen konnten, daß regelmäßig beides, Erfüllung der Obligationen und Strafe, gefordert werden könne (vgl. z. B. noch *Kersten* cit. p. 31 sqq.), ist schwer zu begreifen, vgl. über diese leere Kontroverse Glück a. a. O. S. 533. fgg.

V. Es liegt unzweifelhaft in dem Wesen der Konv.-Strafe, daß der Anspruch darauf immer dann wegfällt, wenn die prinzipale Obligation in rechtsgenügender Weise erloschen ist, und namentlich muß dies gewiß auch dann der Fall sein, wenn der Schuldner durch kasuelle Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Nur in den oben bei IV. 1. behandelten Fällen, in denen es an einer prinzipalen Obligation im Grund ganz fehlt, muß sich dies wohl anders verhalten, und wenn also der Vertrag so lautet: Pamphilum mihi dari spondes? si Pamphilum non dederis, centum mihi dari spondes? so läßt sich allerdings vertheidigen, daß durch den Tod des Pamphilus sich die Bedingung der zweiten Obligation erfülle, und die 100 geleistet werden müssen. Auf einen Fall dieser Art ist wol die l. 22. pr. ad leg. Aquil (9. 2) zu beziehen:

> *Paul.* „Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium“,

aus welchem Gesetze allerdings hervorgeht, daß es Fälle geben muß, in denen der Prommissar ungeachtet des von ihm nicht verschuldeten Untergangs der res debita die Strafe bezahlen muß. Daraus aber mit Wolff a. a. O. eine allgemeine Regel für alle Konv.-Strafen zu bilden, ist gewiß unstatthaft.

III. Entstehung von Obligationen durch Pollizitation, Gelübde. §. 615.

Dig. L. 12. de pollicitationibus. — *Ger. v. Stoekken*, de pollicitatione disp. I. Argent. 1677, disp. II. und disp. III. 1679, *Barth* (praes. *Nettelbladt*), de pollic. inprimis in specie sic dicta. Hal. 1779, Kritz, Rechtsfälle II. 9. S. 142 fgg. — *Textor*, de obligatione ex voto. Altdorf. 1673. — Bucher, Recht der Fordr. §. 14, Koch II. S. 482 fgg., Unterholzner II. S. 495 fgg. (Ueber die oft, aber mit Unrecht, ebenfalls hierher gezogene Auslobung s. oben §. 603. Anm. 2.)

1) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum.

2) *Idem* l. 5. h. t.: Ex epistola, quam muneris edendi gratia absens quis emisit, compelli eum ad editionem non posse. Vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad. h. l. tom. VII. p. 626, Marezoll in der Gießer Zeitschr. I. 19. S. 370 fgg.

3) *Idem* l. 1. §. 1 eod.: Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est; si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione; sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus, et ita multis Constitutionibus et veteribus et novis continetur. §. 2. Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est, qui coepit.

4) *Modestin.* l. 9 eod.: Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rempublicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri, heredem vero ejus, ob honorem quidem facta promissione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri, Divi Severus et Antoninus rescripserunt; sed et ipsum donatorem pauperem factum ex promissione operis coepti quintam partem patrimonii sui debere, Divus Pius constituit.

5) *Ulp.* l. 2 eod.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur, quae res personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat; res enim, quae vovetur, soluta quidem liberat voto, ipsa vero sacra non efficitur. §. 1. Voto autem patresfamiliarum obligantur, puberes, sui juris; filius enim familias, vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur. §. 2. Si decimam quis bonorum vovit, decima non prius esse in bonis desinit, quam fuerit separata; et si forte, qui decimam vovit, decesserit ante sepositionem, heres ipsius hereditario nomine decimae obstrictus est; voti enim obligationem ad heredem transire constat.

Drittes Kapitel.

Von der Aufhebung der Obligationen.

Inst. III. 29. [30] quibus modis obligatio tollitur; Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43. de solutionibus et liberationibus. — *Brisson.*, de solut. et liberat. libri III., in opp. minor. p. 111 sqq., auch hinter deſſen select. ex jure civ. antiqu. Lugd. 1558. p. 203 sqq., *Florentis*, tract. ad tit. de solut. et liberat., in opp. Norimb. 1756. tom. II. p. 417 sqq., Roßhirt in ſeiner Zeitſchrift II. S. 10 fgg., Heimbach, Rechtslex. VII. S. 486 fgg.

I. Allgemeine Ueberſicht der Aufhebungsgründe. §. 616.

II. Insbeſondere.

1) Depoſition und Dereliktion. §. 617.

Lauterbach, de deposito juris; in Diss. acad. II. nr. 63, *Schultzen*, tract. de oblatione, obsignatione ac depositione pecuniae s. rei debitae, iterum editus. Brem. 1775, Koch II. S. 606 fgg., Unterholzner I. S. 470 fgg., Heimbach a. a. O. S. 491 fgg. — Ob auch bei andren, als Geld-Schulden eine Verbindlichkeit zur Depoſition begründet ſei, darüber ſ. Zimmern im ziv. Arch. III. 9, Thibaut daſ. V. S. 332 fgg., v. Madai, Mora S. 466 fgg., und über die Frage, ob auch nach ausgebrochenem

Konkurs das von dem Gantschuldner Hinterlegte von den Gläubigern zur Masse gezogen werden dürfe? s. Spangenberg in der Gießer Zeitschr. I. 6.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 19. C. de usur. (4, 32): Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer, at si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tollitur, quum Serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvantur, quod etiam in trajectitiis servari oportet; creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

2) *Ulp.* l. 1. §. 3. de comm. et per. rei vend. (16, 6): Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est; effundere autem non statim poterit, priusquam testando denunciet emtori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur; si tamen, quum posset effundere, non effudit, laudandus est potius; ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit ejus, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem, conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori.

2) Kompensation. §. 618.

Dig. XVI. 2, Cod. IV, 31. de compensationibus. — Glück XV. S. 59 fgg. und die dort Angeff., *Allard*, de compensat. Tornac. 1825. (vgl. Alb. krit. Zeitschr. IV. S. 240 fgg.), Hasse im ziv. Arch. VII. 9, Valett, Abhh. S. 138 fgg., Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. I. S. 257 fgg., Krug, die Lehre von der Kompensation. Leipzig 1833, (Fuhr) in den Erlanger Jahrb.

XXVII. S. 109 fgg. S. 217 fgg., Hartter, das röm. deutſche Recht der Komp. München 1837, Heimbach in Weiſke's Rechtslex. II. S. 722 fgg., Tellkampf im ziv. Arch. XXIII. S. 301 fgg., Krug daſ. XXV. S. 211 fgg., Sintenis in der Gießer Zeitſchr. XVIII. S. 1 fgg., Hartter daſ. XIX. S. 143 fgg., Brinz, die Lehre von der Kompenſation. Leipzig 1849, Scheurl, Beiträge I. S. 149 fgg., Fuhr im Arch. für prakt. Rw. I. S. 121 fgg., Dernburg, die Kompenſation nach röm. R. Heidelberg 1854. (zweite umgearb. Aufl. 1868), Krug in der Sächſ. Zeitſchr. für Rechtspfl. N. F. IX. S. 289 fgg. XIII. S. 289 fgg., Brinz in Bekker's Jahrb. I. S. 24 fgg., Ubbelohde, über den Satz: ipso jure compensatur. Gött. 1858, *Riess*, de compensat. jur. Rom. Berol. 1858, *Pilette*, de la compensation; in Revue histor. t. VII. p. 1 suiv. p. 132 suiv., Aſher, die Kompenſat. im Zivilproz. des klaſſ. röm. Rechts. Berl. 1863, *Desjardins*, de la compensation. Par. 1864. — Koch II. S. 627 fgg., Unterholzner I. S. 547 fgg., *Molitor* III. p. 221 sqq., Sintenis II. §. 104, Arndts §. 264 fgg., Brinz §. 149, Windſcheid II. §. 148 fgg.

1) *Modestin.* l. 1. h. t.: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

2) *Paul.* l. 173. §. 3. de R. J.: Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Vgl. l. 8. de doli mali exc. (44, 4): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. (§. 1.) Sic si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. (Wenn Brinz S. 46 fgg. die l. 173. cit. aus der l. 8. §. 1. cit. erklären, und ihr deßhalb die Beziehung auf Kompenſation ganz abſprechen will, vgl. auch Ubbelohde S. 222 fgg., ſo iſt dies gewiß unhaltbar; in dem Falle der l. 8. §. 1. cit. iſt die exc. doli nicht begründet, weil der Erbe etwas einfordert, was er wieder zurückgeben müßte, ſondern einfach deßhalb, weil er etwas fordert, was zu fordern der Teſtator verboten hat; ſ. auch Arndts, Lehrb. §. 264. Anm. 3. und Dernburg S. 188 fg. 2. Aufl. S. 198 fg.).

3) *Pompon.* l. 3. eod.: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. (Die Deutung dieſer Stelle bei Dernburg S. 28 fg., wornach ſich dieſelbe urſprünglich auf das agere cum compensatione der argentarii bezogen haben, und in dem »interest *nostra*« ein

„Anflug von römisch aristokratischem Hochmuth" liegen soll, ist doch wohl verkünstelt; s. jetzt Denf. 2. Aufl. S. 25. Not. 2).

4) *Paul.* l. 21. eod.: Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. Ueber die verschiedenen Auslegungen vgl. Brinz S. 105 fgg., Dernburg S. 330 fgg. (2. Aufl. S. 328 fgg.), Ubbelohde S. 158 fgg. S. 248 fgg., Asher S. 36 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession II. S. 31 fg. (Ob das: inter omnes mit placuit zu verbinden ist — wie die Meisten annehmen, z. B. auch noch Fuhr S. 137, Dernburg und Asher a. d. aa. OO. —, oder vielmehr zu den folgenden Worten gezogen werden muß — wie z. B. Albrecht, Exzept. S. 93, Brinz S. 25, Ubbelohde S. 261 fgg., Schmid bei Not. 126, Dernburg 2. Aufl. S. 329. Not. 2. vertheidigen, ist zweifelhaft, da für beide Interpunktionen gute Gründe sprechen; mir scheinen noch immer die für die erste Ansicht anzuführenden die überwiegenden zu sein, man müßte denn etwa annehmen wollen, daß Paulus speziell von argentarii gesprochen habe, und erst durch die Kompilatoren gegensätzlich das inter omnes interpolirt worden sei).

5) §. 30. J. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

6) *Alexander* l. 4. C. h. t.: Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

(Die Konjektur von Brinz S. 22. und Jahrb. S. 38, welcher Statt: ipso jure pro soluto compensation*em* haberi oportet lesen will: i. j. p. s. compensatio*ne eam* hab. op., ist nicht blos überflüssig und willkürlich, sondern aus sprachlichen und sachlichen Gründen entschieden verwerflich; s. auch Arndts, Lehrb.' §. 265. Anm. 2, Scheurl S. 170, Fuhr, Arch. S. 135, Dernburg S. 321. 2. Aufl. S. 336 fgg., Ubbelohde S. 207 fg.).

7) *Justinian.* l. 14. (ult.) C. eod.: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. (§. 1) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensetur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. (§. 2). Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

Anm. 1. Ueber Begriff und Wesen der Kompensation sind insbesondere folgende Punkte bemerkenswerth.

I. Nach strengem Rechte kann der Umstand, daß zwei Forderungen sich einander gegenüber stehen, auf keine derselben einen Einfluß äußern. Da es aber regelmäßig als Chikane erscheint, Zahlung von Jemanden zu verlangen, an den man in continenti selbst auch zu zahlen verpflichtet ist (L. 2.), und da es im Interesse des angegriffenen Schuldners liegt, lieber nicht zu zahlen, als sich auf Rückforderung des Gezahlten zu verlassen (L. 3), so bringt es die Aequitas mit sich, dem Schuldner die Berufung auf Kompensation zu gestatten, weßhalb so oft der Ausdruck *aequitas compensationis* vorkommt, l. 18. pr. h. t., l. 5. 6. C. h. t., l. 1. C. rer. amotar. (5, 21), vgl. auch §. 30. J. cit. (L. 5) und l. 36. de adm. et per. tut. („aequitas quae merum jus compensationis inducit"). Die dabei zu Grunde liegende Idee ist dann die, daß aus Gründen der Aequitas fingirt wird, der die Zahlung fordernde Gläubiger habe seinerseits an den angegriffenen Schuldner Zahlung geleistet, und dieser habe das Empfangene

an den klagenden Gläubiger bezahlt, vgl. auch T. 6. *„pro soluto“*, l. 4. qui potior. in pign. (20, 4), l. 19. de liber. causa (40, 12), l. 76. de V. S. (*„Dedisse*, intelligendus est etiam is, qui permutavit, vel compensavit“), so daß sich demnach die Kompensation nach der treffenden Begriffsbestimmung von *Noodt* ad Dig. h. t. (in opp. Lugd. Bat. 1724. tom. II. p. 356) herausstellt als eine *„mutua solutio, juris interpretatione quasi per brevem manum facta“*. Noch besser würde übrigens diese Definition sein, wenn darin die Worte: quasi per brevem manum fehlten, indem dieselben leicht zu dem Gedanken verleiten könnten, als wenn bei der Kompensation die wechselseitige Zahlung durch eine Art von traditio brevi manu bewerkstelligt werde. Dies wäre freilich ganz irrig; die traditio brevi manu ist immer eine wirkliche Uebertragung, und nur der Mechanismus ist dabei vereinfacht; die Kompensation ist dagegen niemals eine wirkliche, sondern immer nur eine fingirte wechselseitige Zahlung; wirklich gezahlt wird von keiner Seite, aber es wird nach Rechtssatzung angenommen, es hätten Beide gezahlt. Wie natürlich aber diese Annahme ist, geht auch noch aus folgender einfachen Betrachtung hervor. Wenn beide Gegengläubiger wirklich entschlossen und bereit sind, ihre beiderseitigen Verpflichtungen in continenti zu erfüllen, so würde ja augenscheinlich das thatsächliche Hin- und Herzahlen nichts als eine lächerliche Komödie sein, indem durch bloße Abrechnung genau und vollständig ganz dasselbe erreicht wird, wie durch wirkliche Zahlung. Wenn nun das Gesetz diese Abrechnung allgemein zuläßt und ihr die Wirkungen wechselseitiger Zahlung beilegt, so liegt augenscheinlich der einfache Gedanke zu Grunde, daß jene Bereitwilligkeit zu gleichbaldiger Pflichterfüllung bei beiden Schuldnern entweder wirklich vorhanden sei, oder doch als vorhanden angenommen werden soll. Dadurch erledigen sich wohl auch die Bedenken von Dernburg S. 370 fgg. 2. Aufl. S. 359 fgg., welche auch eigentlich nur gegen die allerdings unzulässige Annahme einer traditio brevi manu gerichtet sind. — Die Auffassung von Krug S. 6. u. ö., und im ziv. Arch. a. a. O., wornach die Komp. als eine fingirte Selbstzahlung des klagenden Gläubigers erscheinen soll, vgl. auch Heimbach, Tellkampf, Unterholzner citt., ist gewiß unnatürlich — denn einen Kreditor zu zwingen, sich selbst bezahlt zu machen, hat doch offenbar etwas Sonderbares —, und wird von Krug durch die dafür angeführten Gesetze nicht begründet. Weder l. 95. §. 8. de solut. (46, 3), noch auch l. 31. §. 1. de H. P. (5, 3) reden von Komp., und können um so weniger darauf bezogen werden, da von Komp. gegen eine actio in rem — in beiden Stellen wird eine hereditatis petitio vorausgesetzt —, vor Justinian keine irgend sichere Spur vorkommt (vgl. unten Nr. II. S. 353 fg.). Vielmehr soll in der ersten Stelle mit den Worten: neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, nicht, wie Krug meint, eine Regirung der Komp. angedeutet werden, sondern der einfache Gedanke ist: derjenige, welcher *pro herede* im Besitze einer Erbschaft ist, könne zwar wohl Erbschafts-Schulden im Allgemeinen giltig bezahlen, aber wenn er selbst der Gläubiger sei, könne man nicht annehmen, daß er auch an sich selbst habe bezahlen wollen, eben, weil er ja Erbe zu sein glaubt. Und eben so soll in der zweiten Stelle mit den Worten: potest dici, ipsum sibi vel solvisse, vel debuisse solvere, nicht

ausgedrückt werden, daß hier Kompensation Statt finde, sondern es wird da nur gesagt: bei dem, welcher *pro possessore* Erbschaftssachen besitze, könne man allerdings annehmen, daß er sich selbst bezahlt gemacht habe, denn hier fällt ja offenbar der Grund hinweg, welcher bei dem gutgläubigen Besitzer diese Annahme ausschließt; vgl. auch Fuhr, Rezens. S. 114 fgg. und Arch. S. 145 fgg., Hartter in der Gießer Zeitschr. l. c. S. 169 fgg., Dernburg S. 354 fgg. S. 368. 2. Aufl. S. 346 fgg. S. 359, *Riess* cit. p. 12 sq. Daß aber die Ansicht von Krug auch wohl geeignet ist, zu falschen Resultaten zu führen, zeigt sich z. B. in dem einfachen Falle, wenn der Verklagte mehrfacher Schuldner des Klägers ist. Nach der oben gebilligten Annahme muß hier dem Debitor die Wahl zustehen, auf welche der mehreren Schulden er seine Forderung abrechnen will, während Krug S. 133 fgg. in Folge seines Prinzips zu ganz andren, aber gewiß unrichtigen Sätzen gelangt, vgl. hierüber auch noch Fuhr im Arch. S. 141 fgg. und Dernburg S. 459 fgg. 2. Aufl. S. 549 fgg.

II. Es war übrigens die aequitas compensationis nicht von Anfang an im römischen Rechte in vollem Umfange anerkannt. Abgesehen von den singulären und dem Justinianischen Rechte fremden Bestimmungen über das „cum compensatione agere“ der argentarii, und das „cum deductione agere“ des bonorum emtor, Gai. IV, 64—68. (vgl. darüber bes. Scheurl a. a. O. S. 153 fgg. und Dernburg S. 25 fgg. 2. Aufl. S. 22 fgg.), brach sich die Komp. zunächst nur Bahn bei bonae fidei judicia, indem hier Gegenansprüche, welche *ex eadem causa* hervorgegangen waren, vom judex berücksichtigt werden mußten, wozu es natürlich immer eines besondren Antrags, aber — quia exceptio doli judiciis bonae fidei inest — keiner förmlichen exceptio bedurfte, Gai. IV. 61. 63. §. 30. J. cit. (T. 5). Bei stricti juris judicia war dagegen die Vorschützung einer exceptio doli vor dem Magistrat, und die Aufnahme derselben in die Formula nothwendig, und selbst dies soll nach Justinian's Angabe in §. 30. J. cit. erst nach Reskripten von Marcus aufgekommen sein, obwohl doch auch schon aus früherer Zeit Spuren davon vorkommen, l. 4. 5, l. 10. §. 3, l. 15. h. t. Gewiß war auch diese förmliche exceptio nöthig, wenn bei einem judicium bonae fidei eine Gegenforderung *ex dispari causa* zur Kompensation gebracht werden sollte, und auch bei den Klagen, die weder bonae fidei noch stricti juris sind, mochte das förmliche Vorschützen dieser exceptio nöthig sein, obwohl es uns darüber an Quellen-Zeugnissen fehlt. Ob der hier bemerkte Unterschied — daß die Komp. bald schon officio judicis, bald nur in Folge der exceptio doli berücksichtigt wird — außer den bekannten prozessualischen Folgen auch materiell von Wichtigkeit gewesen sei, ist sehr streitig. Das ist nicht ganz unwahrscheinlich, daß um die exceptio doli gebrauchen zu können, die Nachweisung nöthig war, daß der Kläger mit dem Vorhandensein der Gegenforderung bekannt sei, vgl. oben Bd. I. §. 155. Anm. und Krug S. 51 fgg., Unterholzner S. 549. Schwerlich begründet ist dagegen die Behauptung von Bethmann-Hollweg cit. S. 276 fgg., der doch sehr viele Neuere beistimmen (vgl. z. B. Krug S. 50 fgg., Hartter, Komp. S. 19. und in der Gießer Zeitschr. S. 187 fgg., Heimbach S. 724 fgg., Fritz zu Wening II. S. 398 fgg. u. A. m.), daß dann, wenn Komp. durch Vermittlung der exc. doli durchgesetzt

sei, der Kläger immer mit seiner ganzen Klage habe abgewiesen werden müssen, ohne Rücksicht auf den Betrag der vorgeschützten Gegenforderung, während bei judicia bonae fidei der Klaganspruch nur bis zum Belauf der Gegenforderung gemindert worden sei: denn gegen die Annahme, daß die exc. doli immer eine totale Lossprechung des Verklagten zur Folge gehabt habe, spricht abgesehen von vielem Andern sehr bestimmt das Zeugniß von Theoph ad §. 30. J. cit.; vgl. auch Sintenis cit. S. 24 fgg. Und eben so wenig dürfte sich die Behauptung von Unterholzner a. a. O. rechtfertigen lassen, daß nur da, wo die Komp. schon officio judicis berücksichtigt worden sei, die Wirkung derselben *ipso jure* eingetreten sei, während dies im Fall der exc. doli nicht angenommen werden könne; denn unsre Quellen weisen auch nicht entfernt auf eine solche Verschiedenheit hin, und an innern Gründen dafür fehlt es gänzlich, da die hier allein in Betracht kommende materielle Bedeutung von ipso jure (s. unten Nr. III.) ganz unabhängig von der Art und Weise der prozessualischen Geltendmachung erscheint. — Hiernach leuchtet von selbst ein, daß nach Aufhören des Formular-Prozesses der ganze Unterschied, ob die Komp. schon officio judicis, oder nur in Folge einer vorgeschützten exc. doli berücksichtigt werden dürfe, alle Bedeutung verlieren mußte, denn auch die Behauptung, daß doch wenigstens prozessualisch jene Unterscheidung noch insofern habe in Betracht kommen müssen, daß die Einrede der Komp. im erstren Falle bis zum Urtheil, im andren aber nicht mehr nach der Litiskontestation habe vorgeschützt werden dürfen, ist völlig ungegründet, indem vielmehr im späteren römischen Prozesse alle Einreden ohne Unterscheidung zwischen judicia stricti juris und bonae fidei noch nach der Litiskontestation vorgeschützt werden durften, l. 2. C. sentent. resc. non posse (7, 50), l. 4. 8. C. de except. (8, 36), vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 11 fgg., Ubbelohde S. 271. Not. 8, Bethmann-Hollweg, Zivilproz. III. S. 268. Not. 25; a. M. wieder, aber m. E. ohne Grund Wieding, Justin. Libellproz. S. 210 fgg. (Wenn jetzt Ubbelohde S. 182. S. 270 fgg. den andren prozessualischen Unterschied statuiren will, daß eigentliche Exzeptionen immer erst dann zum Beweis hätten gelangen können, wenn der Klagegrund bereits bewiesen sei, während bei andren Vertheidigungsgründen auch schon vorher Beweisführung zugelassen worden sei: so ist dies schwerlich zu billigen, indem m. E. aus den Gesetzen nur hervorgeht, daß es nicht nothwendig ist, Exzeptionen zu beweisen, ehe die Klage bewiesen ist, aber nicht auch, daß es nicht gestattet sei, vgl. l. 9. C. de praescr. l. t. (7, 33), l. 8. 9. C. de except (8, 36), l. 19. C. de probat. (4, 19), und unzweifelhaft war dies bei andern Defensionen ganz eben so, vgl. auch Bethm.-Hollw., Zivilproz. III. S 267 fg. S. 273 fg.). War nun aber hiernach schon lange vor Justinian gar kein wirklicher Unterschied mehr zwischen judicia stricti juris und bonae fidei in Betreff der Kompensation, so konnte auch die vielbesprochene Konstitution von Justinian in l. 14. pr. C. h. t. (T. 7) nicht den Zweck haben, solche Unterschiede aufzuheben, wie Bethmann-Hollweg, Krug u. A. wollen, sondern die einzige wahre Neuerung geht vielmehr sicher nur dahin, daß jetzt die Komp. selbst auch gegen dingliche Klagen zugelassen werden solle, und dies geht auch bestimmt genug aus der Ausdrucksweise des Kaisers sowohl in dem Gesetze selbst, als auch in dem darauf Bezug

nehmenden §. 30. J. cit. hervor. Wenn man dagegen eingewendet hat, daß doch auch schon vor Justinian eine Komp. gegen dingliche Klagen, namentlich gegen die rei vindicatio und gegen die hereditatis petitio vorgekommen sei, und wenn man sich in dieser Beziehung auf l. 21. §. 2. de inoff. test. (5, 2), l. 31. §. 2, l. 38. 58. de H. P. (5, 3), l. 48. de R. V. (6, 1) berufen hat, vgl. z. B. Krug S. 46 fgg., so scheint mir dies unhaltbar, da diese Stellen theilweise gar nicht hierher gehören — was namentlich mit l. 21. §. 2. de inoff. test. und l. 31. §. 2. de H. P. der Fall ist —, theilweise aber nicht von einer eigentlichen Kompensation, sondern von einem, auf ganz andren Grundsätzen beruhenden Abzugsrechte, einer deductio, reden, vgl. auch Hasse a. a. O. S. 181 fgg., Fuhr, Rezens. S. 121 fgg., Dernburg S. 338 fgg. (Eigenthümliche, aber m. E. unhaltbare, Ansichten über die Komp. gegen dingliche Klagen hat Ubbelohde S. 277 fgg. entwickelt). — Ich habe die Ausführungen unter Nr. II. unverändert aus den früheren Auflagen dieses Lehrb. in die späteren herübergenommen, weil ich sie noch immer für wohlbegründet halte, obwohl inzwischen Brinz und Scheurl a. d. aa. OO. sehr abweichende Ansichten vertheidigt haben. Brinz sucht nämlich in ausführlicher Darstellung den Satz zu begründen, daß ein Kompensiren *per exceptionem* dem römischen Rechte gänzlich fremd sei. Für bonae fidei judicia sei dies auch allgemein anerkannt; was aber die judicia stricti juris anbelange, so habe dabei die aequitas compensationis (in früherer Zeit allerdings zu einer exceptio doli geführt, aber nur in der Weise, daß *propter*, niemals so, daß *per* exceptionem doli kompensirt sei, d. h. wenn der Beklagte auf Kompensation gedrungen, der Kläger aber dieselbe zurückgewiesen habe, so habe man deßhalb dem Beklagten eine exceptio doli eingeräumt, in deren Folge dann der Kläger immer mit seiner ganzen Klage abgewiesen worden sei, und die begründete Furcht vor dieser exceptio sei dann also begreiflich das Motiv zur Vornahme außergerichtlicher Kompensation gewesen (S. 76 fgg.); eine exceptio doli in dem, von der herrschenden Lehre angenommenen Sinn, daß durch deren Vorschützen eine entsprechende Minderung des klägerischen Anspruchs herbeigeführt werde, habe es im römischen Rechte niemals gegeben, und der anscheinend widerstreitende §. 30. J. de act. sei gar nicht von Kompensation, sondern vielmehr von Retention zu verstehen (S. 46 fgg.), ja es sei eine solche exceptio doli unmöglich gewesen, wie aus Form und Wesen der exceptio überhaupt und insbesondre der exceptio doli mit Sicherheit hervorgehe (S. 59 fgg.). Aber auch jene andre wirklich begründete exceptio doli, welche einen mittelbaren Kompensations-Zwang enthalten, und jedenfalls noch zu Julian's Zeit bestanden habe l. 2. h. t., sei nicht lange nachher gänzlich weggefallen, weil bei judicia stricti juris ein andres Verfahren aufgekommen sei, welches die mancherlei Inkonvenienzen jener doli exceptio vollständig beseitigt habe; es sei nämlich das früher nur bei argentarii vorgekommene „agere cum compensatione" jetzt auf alle judicia stricti juris angewendet worden, und zwar sei dies jedenfalls schon in den Zeiten des Paulus geschehen, wie aus Paul. rec. sent. II. 5. §. 3. und aus l. 4. und l. 21. h. t. hervorgehe (S. 83 fgg.). Das Wesentliche dieser neuen Lehre von Brinz, daß es niemals ein Kompensiren per exceptionem gegeben habe, und daß in der

Zeit zwischen Gaius und Paulus eine Verallgemeinerung des agere cum compensatione vorgekommen sei, wird auch vollständig von Scheurl a. a. O. adoptirt, und derselbe weicht nur insofern von seinem Vorgänger ab, daß nach seiner Ansicht nicht blos das „agere cum compensatione“ der Argentarii, sondern auch das „agere cum deductione“ des bonorum emtor generalisirt worden sei — das Erstre, wenn Forderung und Gegenforderung auf ein certum gehen, das Zweite in den übrigen Fällen (Scheurl a. a. O. S. 163 fgg.) — und außerdem noch insofern, daß seiner Meinung nach gerade durch das in §. 30. J. cit. angeführte Reskript von Marcus, welchem Brinz alle Beziehung auf die eigentliche Kompensation abspricht, das agere cum compensatione und beziehungsweise cum deductione verallgemeinert worden sei; gerade durch dieses von Justinian nur in Kürze berührte Reskript sei es nämlich wohl eingeführt worden, daß, wenn der Beklagte in jure die exceptio doli vorgebracht habe („opposita doli mali exceptione“), dieselbe nun nicht mehr in die formula inserirt, sondern die formula vielmehr nach dem Vorbild der actio, qua argentarius und resp. bonorum emtor experitur, eingerichtet worden sei (S. 161 fgg.) — Ich halte, wie ich schon oben andeutete, diese neuen Ansichten, obwohl sie mit Scharfsinn und Gewandtheit vertheidigt und neuerlich auch im Wesentlichen von Schmid, Grundlehren der Zession II. S. 23 fgg. angenommen worden sind, für völlig unbegründet, und in der That haben dieselben auch bereits an Fuhr a. a. O. bes. S. 134 fgg. und vorzüglich an Dernburg a. a. O. S. 190 fgg. (2. Aufl. S. 188 fgg., vgl. auch Ubbelohde S. 139 fgg.) eben so tüchtige als entschiedene Gegner gefunden, und auch Brinz selbst hat später in sein. Lehrb. §. 149. seine Meinung wesentlich modifizirt. Es sind hierbei insbesondre folgende Punkte hervorzuheben:

1) Den eigentlichen Mittelpunkt der neuen Lehre bildet der freilich auch schon früher mehrfach vertheidigte Satz, daß die exceptio doli niemals zu einer bloßen Minderung des klägerischen Anspruchs, sondern immer nur zu einer gänzlichen Abweisung des Klägers habe hinführen müssen; vgl. auch außer den schon oben S. 352. Angeff. auch *Pilette* cit. p. 137 suiv., Schmid a. a. O. S. 24. Not. 69, Keller, Pand. §. 272. Not. 7. Daß dieses Letztere wirklich die Regel bildet, und daher auch in den weit meisten Stellen allein erwähnt wird, ist freilich unzweifelhaft; aber daraus folgt doch nicht, daß dies der einzig mögliche Erfolg jener Einrede gewesen sei. Auf das Gegentheil deutet vielmehr schon der allgemeine Begriff von exceptio in l. 22. pr. de except. (44, 1):

„Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, *modo minuit damnationem*“,

und eben so sprechen auch dagegen die mehrfachen anderweiten Beispiele von Partial-Einreden, welche in den Quellen erwähnt werden, vgl. z. E. l. 7. pr. de except., l. 17. §. 2. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 27. §. 6. de pact. (2, 14), denn, wenn die exc. SC. Vell., die exc. pacti u. s. w. dann, wenn es den Umständen angemessen ist, nur eine Minderung der Kondemnations-Summe herbeiführt, warum sollte dies nicht auch ganz eben so bei der exceptio doli vorkommen können? vgl. auch außer dem schon oben S. 353. zit. Sintenis

noch Keller, röm. Zivilproz. §. 36, Fuhr im Arch. S. 123 fgg., Dernburg S. 201 fgg. 2. Aufl. S. 199 fgg. Ganz entscheidend geht aber der Ungrund der gegnerischen Behauptung aus einer Reihe von Quellenzeugnissen hervor, nach denen gerade auch in Folge der *exceptio doli* in den verschiedensten Verhältnissen eine bloße Minderung der Kondemnation herbeigeführt wird, vgl. l. 38. de R. V. (6, 1), l. 9. §. 1. de cond. c. d. (12, 4), l. 43. pr. de pign. act. (13, 7), l. 85. de legat. I, l. 16. pr., l. 88. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 45. pr. de fideic. lib. (40, 5), l. 20. pr. de statu liber (40, 7), l. 16. de doli mali except. (44, 4), l. 14. C. de R. V. (3, 32), l. 2. C. de non num. pec. (4, 30), Dernburg S. 219 fgg. 2. Aufl. S. 216 fgg., und dadurch erhält augenscheinlich die bestimmte Aussage von Theophilus ad J. 30. de actionib., daß eine solche Minderung auch dann eingetreten sei, wenn die exceptio doli zum Zweck der Kompensation vorgeschützt worden sei, ihre vollständige Bestätigung. Vgl. auch Ubbelohde S. 121 fgg.

2) Daß die Kompensation in judiciis stricti juris, wenigstens seit Marcus, wirklich per exceptionem doli oppositam durchgeführt, und nicht blos propter exceptionem doli opponendam herbeigeführt wurde, ist für den Unbefangenen völlig unzweideutig von Justinian in §. 30. J. de act. und von Theophilus ad h. l. ausgesprochen. Die Erklärung von Brinz, wornach das Reskript von Markus sich gar nicht auf Kompensation, sondern auf die wesentlich davon verschiedene Retention bezogen haben soll, bedarf bei ihrer maaßlosen Kühnheit keiner Widerlegung, s. dagegen auch Dernburg S. 195 fgg., und auch die schon oben angedeutete viel feinere Auslegung von Scheurl würde gewiß nie entstanden sein, wenn nicht ihr scharfsinniger Urheber von dem Vorurtheile ausgegangen wäre, daß eine bloße Minderung der Kondemnation in Folge der exc. doli unmöglich sei, s. auch Dernburg S. 199 fgg. Mit dem Ausspruch von Justinian und Theophilus stimmen aber auch überdies noch andre Quellen-Zeugnisse überein, aus denen ebenfalls die Anwendung der exceptio doli zum Zweck der Kompensation hervorgeht, vgl. außer l. 178. §. 3. de R. J. (T. 2) auch noch l. 4. §. 8. de doli mali exc. (44, 4) und l. 8. §. 1. ratam rem hab. (46, 8), Dernburg S. 187 fgg. 2. Aufl. S. 193 fgg. (Der Versuch von Ubbelohde S. 214 fgg., nachzuweisen, daß diese Stellen gar nicht von Kompensation sprächen, ist m. E. mißlungen).

3) Daß das agere cum compensatione in der Zeit nach Gaius auf alle stricti juris judicia ausgedehnt worden sei, ist schon aus innern Gründen ganz unglaublich, da jene eigenthümliche Klagart gerade nur in dem speziellen Verhältniß der argentarii ihre Erklärung findet, und auch in der That nur dafür passend ist, so daß eine Ausdehnung auf andere Verhältnisse nothwendig zu den größten Härten hätte hinführen müssen. Es fehlt aber auch einer solchen Annahme an aller genügenden äußeren Beglaubigung. Aus l. 4. und l. 21. h. t. (T. 4) läßt sich ein agere cum compensatione nur dann herauslesen, wenn man sich schon vorher von der Statthaftigkeit desselben überzeugt hat, und was den, von den Westgothen offenbar verunstalteten und schon darum wenig zuverlässigen, Ausspruch von Paulus rec. sent. II. 5. §. 3. (vgl. über die verschiedenen Ansichten über diese vielbesprochene Stelle Ubbelohde S. 230 fgg.

und die da Angeff., und dazu Asher S. 41 fgg. und Schmid a. a. O. S. 28 fg.) anbelangt, so ist hier wohl nur von dem Falle die Rede, wenn der Kläger selbst die Kompensation beantragt, vgl. auch l. 22. h. t., l. 5. C. h. t., und es kann also daraus nichts für den Fall abgeleitet werden, wenn der Beklagte die Kompensations-Einrede vorschützt. Vgl. überhaupt Dernburg S. 240 fgg. S. 307 fg. S. 326 fgg. (2. Aufl. S. 236 fgg.).

III. In einer Reihe von Stellen, die schon dem Vorjustinianischen Rechte angehören, und in denen an eine Interpolation nicht zu denken ist, wird der Grundsatz ausgesprochen, daß die Komp. *ipso jure* wirke, vgl. bes. l. 4. C. h. t. (T. 6) und l. 21. h. t. („Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari" etc.), s. auch l. 4. 10. eod., und dies wird auch mit einem gewissen Nachdruck in der Justinianischen l. 14. pr. C. h. t. und in §. 30. J. cit. wiederholt. Was aber unter diesem *ipso jure* zu verstehen sei, war von jeher sehr bestritten, und in der That dürfte es, nach dem gegenwärtigen Zustande unsrer Quellen, kaum gelingen, eine nach allen Seiten hin befriedigende Antwort auf diese Frage zu geben; vgl. über die verschiedenen Ansichten Hasse a. a. O. bes. S. 156 fgg. S. 191 fgg., Bethmann-Hollweg S. 268 fgg., Albrecht, Exceptionen S. 86 fgg., Krug §. 9—11. 20. 23. 24. 30. 31, Hartter S. 170 fgg., Höpfner, Beiträge I. S. 146 fgg., Fritz zu Wening II. S. 399 fgg., Sintenis S. 25 fgg., Brinz S. 4 fgg., Scheurl S. 166 fgg., Fuhr S. 121 fgg., Dernburg S. 281 fgg., Brinz „noch einmal: ipso jure compensari" in Bekker's Jahrb. I. S. 24 fgg., Ubbelohde, über den Satz: ipso jure compensatur. Gött. 1858. (299 Seiten!), *Riess* cit. p. 14 sqq., *Pilette* cit. p. 141 suiv., Asher S. XVIII fg. S. 34 fgg. Schmid, Grundlehren der Zession II. S. 30 fgg. Man bemerke hierüber Folgendes:

1) Erwägt man, daß der Ausdruck „ipso jure" gewöhnlich im Gegensatze von „ope exceptionis" in dem oben §. 155. Anm. entwickelten Sinn vorkommt, und berücksichtigt man ferner besonders die Fassung von l. 4. C. cit. und die dort namentlich vorkommende Vergleichung mit der Zahlung („pro soluto"), so ist man allerdings versucht, auch bei der Komp. zu behaupten, daß dieselbe eben so, wie Zahlung, Acceptilation u. dgl., nicht ope exceptionis, sondern ipso jure in diesem Sinne des Worts, also von selbst, oder wie man sich auszudrücken liebte: *sine facto hominis* das Klagrecht vernichte. In der That ist denn auch diese, schon von dem Glossator Martinus, und später vorzugsweise von Tyndarus vertheidigte Meinung, bis in den Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts hin, fast die allein herrschende gewesen (s. z. B. die Nachweisungen bei Dernburg S. 286 fgg.), und auch noch h. z. T. wird sie von Manchen in Schutz genommen, vgl. z. B. *Riess* und Asher a. d. aa. OO. Daß sie aber irrig ist, daß also das Klagrecht durch die Existenz einer kompensablen Gegenforderung nicht unmittelbar vernichtet, sondern dadurch nur ein Recht des Gläubigers begründet wird, dessen Ausübung blos mittelbar die Erlöschung des Klagerechts herbeiführt, daß also in der That die Kompensation stets nur ope exceptionis wirksam ist, geht insbesondere aus folgenden Betrachtungen hervor:

a) Der bei Nr. II. geſchilderte Entwicklungsgang des Kompenſat. Rechts ſchließt nothwendig den Gedanken aus, daß nach röm. Rechte ſchon die bloſe Koexiſtenz zweier gegenüberſtehender Forderungen die Vernichtung derſelben herbeigeführt habe. Wenn der judex eine Gegenforderung des Beklagten bei einem judicium bonae fidei nur in Folge ſeines freien *officium*, und bei einem judic. str. jur. nur dann berückſichtigen konnte, wenn durch die der formula eingefügte exceptio doli ſein officium erweitert worden war: ſo iſt damit augenſcheinlich die Annahme unvereinbar, daß eine Forderung ſchon durch die bloſe Entſtehung einer Gegenforderung ganz von ſelbſt aufgehoben werde.

b) Wenn die Komp. ipso jure in jenem Sinne wirkte, wenn alſo dadurch das Forderungsrecht unmittelbar vernichtet würde, ſo müßte eine Korreal-Obligation ſogleich vollſtändig erlöſchen, ſobald die Vorausſetzungen der Komp. in der Perſon eines der correi Platz greifen. Dies iſt aber entſchieden nicht der Fall; ſ. oben S. 87 fg.

c) Wenn ein Schuldner, welcher Komp. vorſchützen könnte, es vorzieht, zu zahlen, und ſeine Forderung ſelbſtſtändig gelten zu machen, ſo hat er dazu das unbeſtrittene Recht, l. 1. §. 4. de contrar. tut. act. (27, 4):

> *Ulp.* „Praeterea si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit, *sic erit arbitrii ejus, utrum compensare, an petere velit sumtus*".

Dies wäre offenbar unmöglich, wenn die beiden gegenüber ſtehenden Forderungen ipso jure in dem Sinne vernichtet würden, denn eine ſo vernichtete Forderung kann ſchlechthin nicht mehr geltend gemacht werden. Unter der Vorausſetzung einer ipso jure eintretenden Wirkſamkeit der Komp. müßte man vielmehr ſagen: der Schuldner, der ſich wiſſentlich nicht auf Komp. beruft, während er es könnte, hat wiſſentlich ein indebitum gezahlt, und muß alſo nach allgemeinen Grundſätzen als ein Schenker behandelt werden.

d) „Si rationem compensationis judex non habuerit, *salva manet petitio*", l. 7. §. 1. h. t. Es leuchtet von ſelbſt ein, daß dieſe Entſcheidung unmöglich wäre, wenn wirklich beide Forderungen im Augenblicke ihres Gegenübertretens von ſelbſt vernichtet würden.

e) Endlich ſind auch überall in den Geſetzen die Wirkungen der Komp. davon abhängig gemacht, daß ſich der Schuldner auf Komp. beruft, daß er alſo ein ihm zuſtehendes Recht ausübt, vgl. z. B. l. 2. 5, l. 9. §. 1, l. 10. §. 1. 2. h. t., l. 26. de probat. (22, 3), l. 1. §. 4. de contr. tut. act. (27, 4), l. 20. §. 2. de statu lib. (40, 7), l. 6. 7. 8. 10. C. h. t. Man könnte gegen dieſes Argument einwenden, daß doch auch bei ſolchen Erlöſchungsgründen, welche unzweifelhaft ipso jure wirken, z. B. bei Zahlung, es nöthig ſei, daß der Verklagte ſich darauf berufe, wenn der Richter ſie berückſichtigen ſolle. Dies iſt allerdings wahr, aber augenſcheinlich hat doch hier die Allegirung von Seiten der Parthei eine ganz andre Bedeutung, als bei der Kompenſation. Dort muß ſich die Parthei auf die fraglichen Thatſachen berufen, blos um den Richter davon in Kenntniß zu ſetzen und ihm die Berückſichtigung derſelben möglich zu machen; die Wirkungen dieſer Thatſachen treten dagegen auch ohne dieſe Berufung vollſtändig ein, und wenn die Parthei dieſelbe wiſſentlich unterläßt, ſo zahlt ſie

nicht etwa als Debitor, sondern als Schenker. Hier dagegen wird erst durch die Berufung der Parthei das Recht der Komp. begründet; das bloße Dasein der Gegenforderung ist zunächst noch ein ganz wirkungsloses Faktum und wenn der Verklagte sich wissentlich nicht darauf beruft, so zahlt er als wirklicher Schuldner, indem das Klagerecht noch in seiner vollen Integrität besteht.

2) Auch Brinz, Lehre von der Komp. a. a. O. bringt — theilweise nach dem Vorgang von *Donell.*, comm. in Cod. ad l. 4. h. t. in opp. VIII. p. 326 — das: ipso jure in der Kompensat. Lehre, im Gegensatz zu dem „ope exceptionis", aber in einem ganz andren Sinne. Während nämlich Martinus und seine Nachfolger diesem Ausdrucke eine materielle Bedeutung beilegen, daß nämlich die beiden gegenübertretenden Forderungen von selbst aufgehoben würden, nimmt umgekehrt Brinz sehr entschieden an, daß die Kompensation „nie und in keiner Weise" von selbst eintrete, und er verbindet demgemäß mit dem „ipso jure" die rein formelle Bedeutung, daß damit lediglich das Kompensiren durch förmliche exceptio negirt werde; daß es bei judicia bonae fidei keiner solchen exceptio bedurft habe, werde ja auch von Allen zugegeben, aber dasselbe sei auch richtiger Ansicht nach bei judicia str. jur. der Fall gewesen, indem hierbei ja das agere cum compensatione Statt gefunden habe. — Da, wie wir oben Nr. II. a. E. sahen, diese letztre Behauptung irrig ist, indem vielmehr nach klassischem Rechte bei judicia str. jur. die exceptio doli wirklich in die formula inserirt werden mußte: so fällt damit die historische Begründung der Ansicht von Brinz von selbst zusammen. Aber dieselbe müßte m. E. selbst dann zurückgewiesen werden, wenn jene Prämissen von Brinz begründet wären, denn eine so ganz äußerliche Auffassung des ipso jure im Gegensatz von ope exceptionis, wornach dasselbe lediglich bedeuten soll, daß keine spezielle exceptio in die formula inserirt worden sei, ist unsren Quellen zwar nicht ganz fremd (vgl. z. B. l. 28. de A. E. V. (19, 1), l. 1. §. 7. quar. rer. actio (44, 5), l. 72. pr. de solut. (46, 3), l. 71. pr. de furt. (47, 2), bildet aber doch auch gewiß nicht die Regel, wie schon daraus hervorgeht, daß ja darnach bei Obligationen des guten Glaubens alle Erlöschungsgründe ipso jure wirken müßten, was wohl Niemand ernstlich behaupten wird. Vgl. übrigens auch Fuhr S. 134 fgg. und Deruburg S. 304 fgg. — Später hat denn auch Brinz seine Meinung selbst aufgegeben, s. unten bei No. 4, während sie von Ubbelohde a. a. O. S. 180 fgg. von Neuem ausführlich vertheidigt wird (vgl. auch Keller, Pand. §. 272), wobei er jedoch von ganz andren, und zwar im Wesentlichen völlig richtigen historischen Grundlagen ausgeht, so daß seine Ausführungen, wenn man auch den schließlichen Ergebnissen nicht beistimmen kann, doch alle Anerkennung verdienen.

3) Das m. E. ganz unzweifelhafte Ergebniß der bisherigen Erörtrungen ist, daß die Kompensation immer nur ope exceptionis wirkt, sowohl bei judicia bonae fidei, als bei judicia str. jur., d. h. daß durch die Entstehung einer kompensablen Gegenforderung nur ein Recht auf Kompensation begründet wird, aber noch keine Kompensation eintritt. Ehe sich einer der beiden Gegengläubiger auf Komp. beruft, bleiben beide sich gegenüber stehende Forderungen in ihrer vollen Integrität; es bleiben also auch Pfandrechte, Bürgschafts-Bestellungen

u. dgl. vollkommen giltig, und wenn etwa eine der beiden Forderungen in andrer Weise erlöscht, ehe es zur Durchsetzung der Komp. kommt, so ist bei der übrigbleibenden Alles ganz so, wie wenn niemals eine kompensable Gegenforderung ihr gegenüber gestanden hätte. Sobald aber einer der beiden Gläubiger sein Recht auf Komp. durchgesetzt hat, werden beide Forderungen in der Art aufgehoben, daß dabei nicht etwa der Augenblick des Urtheils, sondern vielmehr rückwärts der Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird, in welchem die beiden Forderungen einander gegenüber getreten sind, L. 6:

„ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur“,

und damit hängt zusammen, daß nun auch für die Zwischenzeit von keiner Seite Zinsen gefordert werden dürfen, L. 6. vgl. l. 11. h. t., l. 5. C. h. t., l. 7. C. de solut. (8, 43), daß von einer Mora und ihren Nachtheilen für die Zwischenzeit keine Rede sein kann, vgl. l. 40. de R. C. (12, 1) [„non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest“], daß, wenn einer der Forderungen ein Pönalvertrag beigefügt, und die darin festgesetzte Frist inzwischen abgelaufen ist, doch die Strafe nicht als verfallen angesehen werden kann, arg. l. 31. §. 1. de H. P. (5, 3) — a. M. ist Brinz S. 17 fgg., s. aber auch Dernburg S. 493. Not. 2. (2. Aufl. S. 589. Not. 4) — und damit hängt endlich auch zusammen, daß wenn aus Irrthum die Komp. unterlassen und Zahlung geleistet worden ist, das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückgefordert werden darf, l. 10. §. 1. h. t., vgl. l. 30. de cond. indeb. (12, 6). — Diese quellenmäßigen Sätze nun sind es, welche die Veranlassung zu einer Begriffsbestimmung von ipso jure gegeben haben, welche schon von Azo aufgestellt, in der Accursischen Glosse (ad leg. 4. C. h. t.) angenommen, und h. z. T., nachdem sie längere Zeit durch die Lehre von Martinus fast gänzlich verdrängt worden war, von der weit überwiegenden Zahl unsrer Rechtslehrer vertheidigt wird. Indem man nämlich alle jene Sätze auf den gemeinsamen Grundgedanken zurückführt, daß dann, wenn die Kompensation durchgeführt sei, beide Forderungen rückwärts so vernichtet würden, wie wenn im Augenblicke, wo sie sich gegenüber traten, eine wechselseitige Zahlung Statt gefunden hätte, so gelangt man zu folgendem Dogma: die Kompensation wirkt immer nur ope exceptionis, und das *ipso jure* hat blos den Sinn, daß dann, wenn einer der beiden Gegengläubiger von seinem Einredecht Gebrauch macht, dies dieselbe Wirkung haben soll, wie wenn die beiden gegenüberstehenden Forderungen sich gleich im Augenblicke ihres Gegenübertretens ipso jure vernichtet hätten, daß also der vorgeschützten und durchgeführten Einrede der Kompensation die Wirksamkeit eines *ipso jure* wirkenden Erlöschungs-Grundes beigelegt worden sei; vgl. z. B. Hasse, Bethm.-Hollweg, Krug, Sintenis, Fuhr a. d. aa. OO., und die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 676, Mühlenbruch §. 472, Seuffert §. 288, Göschen §. 464, Puchta §. 290, Arndts §. 265, Holzschuher II. S. 345. (3. Aufl. III. S. 410), Koch II. S. 632 fg. S. 682 fg., Unterholzner I. S. 552 fg. *Molitor* III. p. 223. u. A. m. Diese Ansicht, die auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs angenommen ist, hat vor den bisher betrachteten den entschiedenen Vorzug, daß ihre Resultate in keinem einzigen Punkte mit unsren

Quellen im Widerspruch stehen, und daß sie also jedenfalls unschädlich ist, und eben so wenig kann ich auch einen innern Widerspruch in dieser Lehre finden, denn daß die Art, wie Brinz dieselbe charakterisirt: „die Kompensation tritt nicht von selbst ein; sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten" Brinz S. 9, oder „die Komp. tritt nicht von selbst und dennoch von selbst ein" Br. S. 101, mehr witzig als wahr ist, bedarf wohl keiner besondren Nachweisung. Deßungeachtet muß man aber doch wohl einräumen, daß auch diese Lehre nicht wahrhaft befriedigend ist. Dieselbe lauft nämlich augenscheinlich darauf hinaus, daß nach durchgeführter Kompens. Einrede die Fiktion Platz greifen soll, es sei schon von Anfang an im Augenblick der Koexistenz der beiden Forderungen eine wechselseitige Aufhebung derselben eingetreten. Nun ist aber in der That kein irgend genügender Grund aufzufinden, der eine solche Fiktion hätte veranlassen können, denn sämmtliche vorher angeführten Wirkungen der Komp., die man mit dieser Fiktion in Verbindung zu bringen pflegt, erklären sich sehr viel einfacher schon allein daraus, daß im Augenblick der Koexistenz der beiden Forderungen ein Recht auf Kompensation entsteht, daß also in diesem Momente eine *justa exceptio* begründet wird. Da nämlich *„debitor esse desinit*, qui nanctus est exceptionem justam", l. 66. de R. J., so versteht es sich auch bei andren peremtorischen Einreden schon ganz von selbst, daß im Augenblicke ihrer Begründung der Zinsenlauf sistirt wird, daß von keiner mora mehr die Rede sein kann, l. 40. de R. C., und daß im Falle irrthümlicher Zahlung eine condictio indebiti eintritt, l. 26. §. 3. 7, l. 32. §. 1, l. 40. pr. §. 2. de cond. indeb. (12, 6); und daraus folgt von selbst, daß es doch offenbar für die Kompensations-Einrede keiner besondren Fiktion bedarf, um jene Wirkungen herbeizuführen; vgl. Dernburg S. 487 fgg. Dazu kommt aber noch, daß nirgends in unsren Quellen auf ein solches fingirtes ipso jure hingewiesen wird; überall heißt es schlechthin, ohne allen beschränkenden Beisatz: ipso jure compensari", „ipso jure compensationem haberi" u. s. w., und wir sind doch wohl schwerlich befugt, dies nicht von einem wirklichen, sondern nur von einem fingirten ipso jure zu verstehen; s. auch Brinz S. 9 fgg., Dernburg S. 299 fgg.

4) Schon oben bei Nr. 2. a. E. wurde angedeutet, daß Brinz seine frühere Meinung zurückgenommen hat, vgl. dessen Aufsatz in Bekker's Jahrb. I. S. 33 fgg. und Lehrb. §. 149. Statt dessen geht er jetzt davon aus, daß mit den Worten: ipso jure compensatur allerdings gesagt sein solle, daß „von selbst", also sine facto hominis, kompensirt werde, daß aber damit ganz und gar nicht ausgesprochen sei, daß damit auch die Forderungen von selbst getilgt seien. — Gegen den Lehrsatz: „wenn zwei Forderungen sich gegenüber treten, so tritt von selbst das Kompensationsrecht ein", oder, wie Windscheid, Lehrb. §. 349, welcher die neue Brinz'sche Ansicht angenommen hat, sich ausdrückt: „die Kompensations-Einrede tritt von Rechtswegen ein; es bedarf zu ihrer Begründung nicht erst einer Thätigkeit des Schuldners"; gegen einen solchen Lehrsatz, sage ich, läßt sich sicherlich gar nichts einwenden, aber ich kann mich nicht überzeugen, daß derselbe in den Worten: ipso jure compensatur ausgesprochen sein soll. Abgesehen von manchem Andren, was sich gegen diese

Ausdrucksweise sagen ließe, ist m. E. schon dagegen entscheidend, daß compensare nach feststehendem Sprachgebrauch nicht heißt: abrechnen dürfen, sondern nur: wirklich abrechnen; vgl. auch Ubbelohde S. 31 fgg., Dernburg 2. Aufl. S. 303 fg.

5) Wir haben gesehen, daß alle Versuche, das ipso jure in der Kompensat.-Lehre aus der Art und Weise der Geltendmachung der Kompensatio oder aus den besondren Wirkungen der Kompensat.-Einrede zu erklären, mißlungen sind. Einen andren Weg schlägt jetzt Dernburg S. 310 fgg. ein; er nimmt nämlich an, daß durch den Ausdruck: ipso jure compensari nichts anderes ausgesprochen werde, „als der Gedanke, daß Kompensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Partheien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe, wenn sich Gegenforderungen gegenüber träten. Als Gegensatz stehe im Hintergrunde, daß es nicht mehr von besondren Umständen, nicht den besondren Verkehrsverhältnißen der Partheien, nicht mehr vom freien Ermessen des Richters abhänge, ob sie statt finden solle"; und einen ähnlichen Gedanken führt auch, unabhängig von Dernburg, *Pilette* a. a. O. aus, nur daß er das ipsum jus besonders scharf dem jus *honorarium* entgegenstellt. Ich trage kein Bedenken mich dieser Ansicht anzuschließen, da sie mehr, als jede andere geeignet ist, die mancherlei Schwierigkeiten, die uns bei den hier behandelten Fragen entgegentreten, zu beseitigen. Sie entspricht nicht nur im Allgemeinen dem Sprachgebrauch unsrer Quellen, in denen sehr oft und in den mannichfaltigsten Verhältnissen das ipso jure in jenem Sinne vorkommt, vgl. die zahlreichen Belege bei Dernburg S. 315 fgg., sondern sie steht auch mit den Stellen, in denen speziell das „ipso jure *compensari*" erwähnt wird, in vollem Einklange, Dernburg S. 320 fgg.; vgl. auch Rudorff in Puchta's Vorles. 4. Aufl. Bd. II. S. 151. Anm. 2. Daß man diese Deutung, so nahe sie zu liegen scheint, doch so allgemein ignorirt hat, erklärt sich wohl theils daraus, daß man bei Erlöschungsgründen von Obligationen unwillkürlich nur an den Gegensatz von ipso jure und ope exceptionis denkt, theils aber auch daraus, weil der Gedanke, daß es ein Kompensations-Recht gebe, doch zu einfach und trivial schien, um eine öftere und mit Nachdruck wiederholte Hervorhebung desselben erwarten zu können. Erwägt man aber, daß es wirklich sehr lange Zeit hindurch kein wahres Komp.-Recht bei den Römern gab, sondern dasselbe sich nur sehr allmählich und schrittweise entwickelt hat, so kann es uns nicht Wunder nehmen, daß mit Entschiedenheit auf diese Errungenschaft hingedeutet wird, und zwar um so mehr, da begreiflich erst seit dieser Zeit von einer juristischen Theorie der Kompensation die Rede sein konnte. Die Gegenausführungen von Brinz in Bekker's Jahrb. I. S. 25 fgg. und Ubbelohde S. 39 fgg., obwohl sie manches Treffende gegen einzelne Ausführungen Dernburgs enthalten, sind doch m. E. nicht geeignet, den Grundgedanken dieser Ansicht zu widerlegen.

IV. Die herrschende Lehre setzt in sehr genügender, den Gesetzen und der Natur der Sache völlig entsprechender Weise, Kompensation und Retention einander so gegenüber, daß bei der ersten, welche eine gegenseitige Aufhebung der beiden Forderungen herbeiführt, wesentlich Gleichartigkeit des Gegenstands (par

species) vorausgesetzt wird, während es auf Konnexität des Entstehungsgrunds gar nicht ankommt (auch ex dispari causa); daß aber bei der letztren, welche keine Aufhebung, sondern nur einen Zwang zur Erfüllung involvirt, umgekehrt gerade die Konnexität des Entstehungsgrundes die wesentliche Voraussetzung ist, während die Gleichartigkeit des Gegenstandes dabei irrelevant ist. Dagegen gelangt jetzt Brinz S. 54 fgg. S. 116 fgg. S. 142 fgg. durch eine wahrhaft divinatorische Interpretation der l. ult. C. h. t. und des §. 30. J. de act., und durch Kombination dieser Stellen mit der l. 14. C. de sentent. et interloc. (7, 45), zu dem Resultate, daß Justinian in den zwei oder drei Zeilen der l. ult. pr. h. t. (T. 7) ein neues, aus der eigentlichen Kompensation, der Retention und der Widerklage kombinirtes Rechtsinstitut, mit dem allgemeinen Namen „compensationes", geschaffen habe, wornach der Beklagte stets ipso jure berechtigt sein soll, einer jeden Klage einen jeden Gegenanspruch, ohne alle Rücksicht auf Konnexität des Entstehungsgrundes und auf Gleichartigkeit des Gegenstandes vertheidigungsweise mit der Wirkung entgegen zu setzen, daß über Klage und Gegenanspruch gemeinsam erkannt werden müsse. M. E. ist es zu bedauern, daß soviel Mühe und Scharfsinn aufgewendet worden ist, um einen Rechtssatz in die Gesetze hinein zu interpretiren, welcher nicht nur in prozessualischer Beziehung, sondern auch für das materielle Recht in hohem Grade bedenklich ist, so daß wir uns Glück wünschen können, daß derselbe in Wahrheit den Gesetzen völlig fremd ist. Vgl. auch Arndts, Lehrbuch §. 264. Anm. 7, Dernburg S. 195 fgg. (2. Aufl. S. 188 fgg.), Ubbelohde S. 173 fgg.

Anm. 2. Ob und inwiefern zur Geltendmachung der Kompensation Liquidität der Gegenforderung erforderlich sei, war von jeher streitig, vgl. Glück XV. S. 77 fgg. und die dort Angeff., Reh im ziv. Arch. II. 17, Hasse, Bethmann-Hollweg, Tellkampf in den angeff. Abhandlungen, Krug §. 89 fgg., Fuhr S. 235 fgg., Hartter S. 219 fgg., Fritz zu Wening II. S. 406 fgg., Habicht, gemeinrechtl. Kontrov. I. S. 269 fgg., Brinz S. 151 fgg., Scheurl S. 174 fgg., Dernburg S. 463 fgg. 2. Aufl. S. 554 fgg. Die einzige Stelle, die im Justinianischen Rechte diesen Punkt ex professo bespricht, ist die l. 14. §. 1. C. h. t. (T. 7). Man bemerke darüber:

1) Manche leiten daraus ab, daß immer, um die Komp.-Einrede mit Effekt vorschützen zu können, die behauptete Gegenforderung in continenti beweisbar sein müsse, und nicht ohne Schein beruft man sich hierfür auf den ersten Passus des §. 1; die folgenden Worte enthielten nach dieser Ansicht blos eine Motivirung der allgemeinen, in jenem ersten Passus ausgesprochenen Verfügung, und dürften nicht zur Beschränkung derselben benutzt werden; und für diese Meinung beruft man sich wohl auch noch auf §. 30. J. de act. [„eas compensationes, quae jure aperto nituntur"], und auf Theophil. ad §. 39. J. de act. [nach der Uebersetzung von *Reitz:* „Ideo autem dixi *ut plurimum*, quia, si contingat non liquidum („μὴ σαφὲς") esse debitum quod in compensationem opponitur, actor nihilominus integrum debitum repetet"]. Ungeachtet dieser nicht unscheinbaren äußeren Gründe hat doch diese Theorie niemals zahlreiche Vertheidiger gefunden, und in der That würde sie auch, in ihrem praktischen Erfolge, zu dem abstoßenden Resultate führen, daß dadurch die ganze

aequitas compensationis faſt völlig paralyſirt würde. Man hat daher regelmäßig bei Interpretation der l. 14. §. 1. cit. auch die Motivirung des Kaiſers dazu benutzt, um das ſcheinbar abſolut vorgeſchriebene Requiſit der Liquidität ſachgemäß zu beſchränken, und demgemäß bezogen die Meiſten, beſonders nach dem Vorgange von Donell, Juſtinian's Vorſchrift blos auf den Fall, wenn die Komp.-Einrede erſt ſpäter im Laufe des Prozeſſes vorgeſchützt werde, während dann, wenn die Einrede ſogleich mit der Litiskonteſtation vorgebracht ſei, von dieſem Erforderniß keine Rede ſein könne. Es ſcheint aber, daß, während die erſtangeführte Auslegung Juſtinian's Vorſchrift gewiß zu allgemein auffaßt, und auf die Motivirung des Kaiſers mit Unrecht gar keine Rückſicht nimmt, dieſe zweite Interpretation in den umgekehrten Fehler fällt, und Juſtinian's Verordnung übermäßig beſchränkt. Offenbar iſt nämlich, wenn man den ganzen §. 1. in vollem Zuſammenhange auffaßt, der einfache Gedanke des Kaiſers der, daß die Vorſchützung der Komp.-Einrede nicht dazu benutzt werden dürfe, um einen Prozeß übermäßig in die Länge zu ziehen, und daß alſo der Richter, wo er dergleichen wahrnähme, berechtigt und verpflichtet ſein ſoll, die Einrede zu verwerfen und ad separatum zu verweiſen, einerlei ob dieſelbe gleich im Anfang des Prozeſſes oder in einem ſpäteren Stadium deſſelben vorgebracht wird. Das Letztere hebt der Kaiſer allerdings beſonders hervor, aber augenſcheinlich nicht, um dadurch ſeine Verordnung auf dieſen Fall zu beſchränken, ſondern nur, um in einem auf die Spitze getriebenen Falle die Zweckmäßigkeit und Billigkeit ſeiner Verfügung zu veranſchaulichen. Der wahre disposſitive Inhalt des Geſetzes liegt demnach allerdings nur in den Eingangsworten des §. 1, die aber ganz und gar nicht den Sinn haben, daß die zum Zweck der Kompenſation behauptete Gegenforderung immer ſogleich vollſtändig bewieſen ſein müſſe, ſondern, im Zuſammenhange mit der folgenden Entwicklung der Motive, nur ſagen wollen, daß der Beweis der Komp.-Einrede vorausſichtlich nicht ſo zeitraubend und verwickelt ſein dürfe, daß derſelbe außer Verhältniß ſtehe zu dem Beweiſe der Klagforderung. Es wird alſo mit andern Worten keine abſolute, ſondern nur eine relative Liquidität vom Kaiſer verlangt, aber dieſe muß auch vorhanden ſein, einerlei in welchem Prozeßſtadium die Komp.-Einrede vorgeſchützt wird, vgl. auch Schol. ad Basil. XXIV. 10. 28. (bei Fabr. schol. K. III. p. 584, bei Heimb. schol. I. tom. III. p. 48): Recte autem dixit: *si judex admiserit;* licet enim et non admittere, utputa cum certo debito dubii compensatio objicitur, [*ὡς ὅτε ὁμολογημένῳ χρέει τὸ ἀμφισβητούμενον χρέος ἀντιτίθεται εἰς κομπεσσατίονα*]; hanc enim admittere non debet. S. beſ. Haſſe und Bethm.-Hollweg in den angeff. Abh., denen auch im Weſentlichen die meiſten Neueren beiſtimmen; ſ. namentlich Dernburg S. 473 fgg. 2. Aufl. S. 563 fgg. Doch iſt Krug a. a. O. wieder zu der älteren, von Donellus vertheidigten Meinung zurückgekehrt, und ſucht dieſelbe mit neuen Gründen zu unterſtützen, indem er namentlich darauf aufmerkſam macht, daß nur dadurch ein innerer Zuſammenhang zwiſchen dem princ. und dem §. 1. der l. 4. cit. herbeigeführt werde. Krug geht nämlich dabei von der Anſicht aus, daß die im princ. eingeführte Neuerung weſentlich darin beſtehe, daß jetzt bei allen Klagen die Komp. ipso jure wirken ſolle, während dies vorher nur bei den judiciis bonae fidei der Fall geweſen

sei, und diese Neuerung habe insbesondere die Wirkung hervorgebracht, daß man jetzt auch allgemein nach der Litiskontestation die Komp.-Einrede habe vorschützen dürfen; damit dies aber nicht zu wesentlicher Benachtheiligung des Klägers und übermäßiger Verzögerung des Prozesses führe, habe Justinian in §. 1. die verständige Beschränkung hinzugefügt, daß dann, wenn erst post litem contestatam die Komp.-Einrede vorgeschützt werde, sie nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn sie in continenti bewiesen werden könne. Da aber die Prämissen, von denen hier Krug ausgeht, meiner Ueberzeugung nach irrig sind, vgl. die vorhergehende Anm., so kann auch durch diese Argumentation die Meinung des Donellus keinen sichern Halt gewinnen; vgl. auch dagegen Fuhr a. a. O. S. 235 fgg.

2) Die l. 14. cit. spricht augenscheinlich von Kompens.-Einreden jeder Art, und wenn Viele, besonders nach dem Vorgang von Hasse und Bethm.-Hollweg das Erforderniß der Liquidität blos bei Gegenforderungen ex *dispari* causa anerkennen wollen, so muß dies als willkürlich zurückgewiesen werden, obwohl sich gute innere Gründe für eine solche Unterscheidung anführen lassen. Wenn Scheurl a. a. O. jenes Erforderniß sogar nur bei Komp.-Einreden gegen dingliche Klagen und gegen Forderungsklagen im Falle ursprünglicher dispar species zulassen will, so beruht dies auf der m. E. irrigen Voraussetzung, daß die Liquidität nur für diejenigen Fälle vorgeschrieben sei, für welche erst durch Justinian eine Kompensation eingeführt sei; und wenn endlich Brinz jenes Erforderniß für die eigentliche Kompensat. ganz bestreitet, und es nur dann anerkennt, wenn nichtkonnexe Ansprüche mit ungleichartigem Gegenstande der Klage entgegengesetzt werden, so hängt dies unmittelbar mit der eigenthümlichen, am Ende der Anm. 1. besprochenen Ansicht dieses Schriftstellers über die „compensationes" des Justinianischen Rechts zusammen.

3) Wird in einem Rechtsstreit die Komp.-Einrede nach Lage der Sache wegen Illiquidität nicht zugelassen, so hat der Richter dem Beklagten nicht etwa nur die demselben schon ohnedies aus seinem Gegenanspruch zustehenden Rechtsmittel, sondern er hat ihm die Kompensation vorzubehalten (*eas*, scil. compensationes, alii judicio reservent, l. 14. §. 1. cit.), was begreiflich von großer Wichtigkeit sein kann, wenn etwa durch Kompensation der Zinsenlauf gehemmt war, wenn der Gegenanspruch aus einer obligatio naturalis hervorgeht u. dgl. Das Kompens. Recht selbst ist also von der Liquidität der Gegenforderung völlig unabhängig, und nur die Zulassung der Komp.-Einrede in einem konkreten Prozesse kann unter Umständen dadurch bedingt sein; vgl. Hasse S. 201, Dernburg S. 474 fg. 2. Aufl. S. 566 fgg., Briegleb, Einl. in die Theorie der summar. Prozesse. S. 192 fgg.

4) Nicht selten wird für fiskalische Prozesse die Besonderheit angenommen, daß der Beklagte seine Gegenforderungen an den Fiskus innerhalb zweier Monate beweisen müsse, l. 45. §. 4. de jure fisci (49, 14). Verbindet man aber hiermit die l. 41. C. Theod. de appellat. (11, 30), wornach „antiquo jure" fiskalische Prozesse überhaupt in zwei Monaten zu beendigen waren, so enthält die l. 45. cit. offenbar nur die Einschärfung, daß auch wegen Kompensations-Einreden jene allgemeine Frist nicht verlängert werden soll. Mit dem Wegfall

des in l. 41. cit. angedeuteten Grundsatzes hat daher auch die l. 45. cit. ihre Bedeutung verloren, vgl. Dernburg S. 469. 2. Aufl. S. 561 fg.

5) Daß die hier dargestellten Bestimmungen der l. 14. §. 1. C. cit. auch mit unsrem heutigen gemeinen Prozeßrechte, ungeachtet der Vorschriften des J. R. A. §. 48, recht wohl vereinbar sind, kann im Ernste nicht bezweifelt werden. Dennoch aber hat sich seit längerer Zeit eine ziemlich entschiedene Praxis dafür ausgesprochen, daß h. z. T. im ordentlichen Prozesse es auf Liquidität der Gegenforderung nicht mehr ankomme, sondern die Komp.-Einrede in Betreff des Beweises andern Einreden ganz gleichstehe; vgl. die Nachweisungen bei Dernburg S. 476 fgg. 2. Aufl. S. 570 fgg. und Seuffert, prakt. Pand. 4. Aufl. §. 287. a. E. Not. 20.

3) Novation. §. 619.

Dig. XLVI. 2, Cod. VIII. 42. [41] de novationibus et delegationibus. — Koch, von dem Uebergang der Forderungsrechte §. 50 fgg., Unterholzner I. S. 621 fgg., Liebe, Stipulation S. 204 fgg., Gneist, form. Vertr. S. 138 fgg. S. 229 fg., Heimbach im Rechtslex. VII. S. 383 fgg., *Molitor* p. 257 sqq. 278 sqq., Kuntze, die Obligat. S. 133 fgg. 242 fgg., Salpius, die Novation und Delegation nach röm. R. Berl. 1864, Salkowski, zur Lehre von der Novation. Leipz. 1866. Vgl. auch Hoffmann, Beiträge zu der Lehre von der Delegation, in Sell's Jahrbb. III. S. 396 fgg. und Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. Jena 1850.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.

2) *Idem.* l. 14. pr. §. 1. h. t.: Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur. Unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat. §. 1. Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum extiterit conditio; etenim

existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secunda transfert. Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, quum extitit conditio, non est persona, quae obligetur.

3) *Justinian.* l. 8. [ult.] C. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem juniorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus voluntate solum esse non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabalo ἀνοβατεύτως dicunt, causa procedat; hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. Cf. §. 3. J. quib. mod. obl. toll.: Sed quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerit, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit Constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae Constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere. — Wenn viele ältere und neuere Juriſten doch eine novatio *tacita* zulaſſen, und die abgedruckten Geſetze nur davon verſtehen wollen, daß es keine novatio *praesumta* mehr gebe, vgl. z. B. v. Löhr in ſeinem Magazin IV. 3, Fritz zu Wening II. S. 410 fgg. und in ſeiner Ausgabe des Lehrb. §. 247, Kattenhorn in Roßhirt's Zeitſchrift IV. S. 324 fgg., Unterholzner I. S. 628 fgg., Seuffert §. 293, Mühlenbruch §. 475, Puchta §. 291, Hufnagel, Mittheilungen I. S. 9 fgg., Fein a. a. O.

S. 28 fgg., Arndts §. 268, *Molitor* p. 268 sqq., Salpius a. a. O. S. 261 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 354. Not. 15. u. A. m.: so ist diese Meinung ohne Zweifel sehr verständig, aber m. E. mit den Worten Justinian's nicht zu vereinigen, vgl. auch v. Berg, jur. Beob. I. S. 203 fgg., Gesterding im ziv. Arch. II. S. 232 fgg., Hepp das. XV. 11, Sintenis in der Gießer Zeitschrift IX. 5, Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 19, Schaffrath, prakt. Abh. S. 140 fgg., Bucher, Recht der Forderungen S. 546, Thibaut §. 595, Schweppe §. 632, Valett §. 505, Göschen §. 454, Roßhirt §. 416, Heimbach a. a. O. S. 386 fgg., Grotefend in der Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 272 fgg., Salkowski a. a. O. S. 256 fgg. u. A. m. Vgl. auch Seuffert's Arch. VI. N. 175. 262, VII. Nr. 167, VIII. 159, XII. 144, XIII. 17. und Busch, Stimmen der Praxis S. 108 fgg.

Anm. 1. Aus dem Begriff der Novation — Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Begründung einer neuen, welche an deren Stelle treten soll — ergibt sich von selbst, daß die nothwendige Voraussetzung derselben die Existenz zweier rechtsbeständiger Obligationen ist, einer schon vorhandenen (prior), welche aufgehoben werden und einer neuen (posterior), durch welche die Aufhebung bewirkt werden soll. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist der Novations-Akt schlechthin nichtig; ist keine prior obligatio vorhanden, so gilt auch die posterior nicht, und existirt keine posterior, so bleibt die prior in ihrer vollen Integrität.

1) Vor Allem ist also nöthig, daß eine prior obligatio rechtlich existirt, und ist dies nicht der Fall, so kann auch von einer rechtlichen Geltung der posterior obligatio keine Rede sein. Dies versteht sich ganz von selbst, wenn die Novations-Stipulation sich nur im Allgemeinen auf die frühere Obligation bezieht („versprichst du, was du mir aus dem Verkauf schuldig bist?"); aber es muß dies auch eben so angenommen werden, wenn bei der neuen Obligation der Inhalt präzisirt ist („versprichst du die 100, die du mir aus dem Kauf schuldest?"). Doch sind in Fällen der letztern Art Viele a. M., indem sie annehmen, daß allerdings die neue Obligation gelte, und nur höchstens unter besondren Voraussetzungen wegen mangelnder causa durch Exzeptionen oder Kondiktionen unwirksam gemacht werden könne, vgl. z. B. Liebe, Stipul. S. 282 fgg., Bähr, Anerkennung S. 45 fg., Römer, bedingte Novation S. 25 fgg., Witte in der krit. Vierteljahrsschr. VI. S. 41, VIII. S. 199 fgg., IX. S. 498 fgg, Brinz, Lehrb. I. S. 553. u. A. m. Es ist dies aber gewiß unhaltbar und beruht auf einer Vermischung zweier Fälle, die von einander gehalten werden müssen. Wenn eine neue Obligation mit der erklärten Absicht abgeschlossen wird, daß dieselbe an die Stelle einer andren treten soll (animo novandi), wenn also damit in unzweideutiger Weise erklärt ist, daß Grund und Zweck der neuen Obligation die Aufhebung einer früheren ist, so versteht es sich doch wohl von selbst, daß wenn keine solche vorhanden ist, auch die neue nicht gelten kann.

Unzweifelhaft kann eine neue Obligation auch in der weiter gehenden Absicht abgeschlossen werden, daß dieselbe unter allen Umständen giltig sein solle, auch wenn keine rechtsgiltige frühere Schuld vorhanden sei; aber das ist dann eben keine wahre Novations-Stipulation, und eine solche weitergehende Absicht muß immer besonders bewiesen werden, indem z. B. der Gläubiger darthut, daß den Kontrahenten zur Zeit des Abschlusses die Nichtexistenz einer früheren Obligation vollkommen bekannt war, und von Fällen dieser Art sind z. B. die l. 21. und l. 25. de V. O. (45, 1) zu verstehen (die Erklärung, welche Salpius S. 280 fg. von der l. 21. cit. gibt, um sie mit der richtigen Ansicht in Einklang zu bringen, wird zwar von Salkowski S. 386. Not. 11. gebilligt, ist aber gewiß unhaltbar, vgl. auch Witte in krit. Vierteljahrsschr. VIII. S. 200 fg.), vgl. auch l. 62. de cond. indeb. (12, 6), l. 20. §. 1. de donat. (39, 5). Der Charakter der Stipulation als Formalkontrakt, wobei es auf das Dasein einer causa nicht ankomme, kann nicht gegen unsre Ansicht angeführt werden, da gerade durch den erklärten animus novandi die causa zur wesentlichen Voraussetzung der Stipulation geworden ist, und dieselbe insoweit ihren Formal-Charakter abgestreift hat, und in Wahrheit sprechen auch die zahlreichen Stellen, welche unter Anerkennung jenes Formal-Charakters nur von einer möglichen condictio oder exceptio gegen eine Stipulation wegen mangelnder causa reden, schlechthin nicht von einer reinen Novations-Stipulation. Vgl. auch Sintenis II. §. 105. Not. 12, Kuntze, Oblig. S. 257, Arndts in der krit. Ueberschau IV. S. 224, Girtanner, Stipul. S. 233 fgg., Salpius S. 274 fgg., Salkowski S. 382 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 355. Einen sehr schlagenden Beweis für die richtige Ansicht enthalten die Quellen-Aussprüche über den Fall, wenn eine bedingte Obligation novirt wird. Hier ist nämlich anerkannt, daß wenn die Bedingung ausfällt und sich dadurch die Nichtexistenz der prior obligatio entscheidet, auch die posterior stipulatio keine Geltung hat, l. 8. §. 1, l. 14. §. 1. de novat., l. 21. de accept. (46, 4), ein Satz, der sich als die unmittelbare Konsequenz unsres Prinzips herausstellt, und sicherlich nicht mit Bähr S. 46, Römer S. 34 u. A. aus einer durch Interpretation bewerkstelligten stillschweigenden Uebertragung der Bedingung auf die Novations-Stipulation zu erklären ist, vgl. auch Arndts a. a. O., Girtanner, Stipul. S. 237, Salkowski S. 408 fgg.

Aus den bisherigen Erörterungen geht übrigens von selbst hervor, daß wenn die frühere Obligation nicht ipso jure ungiltig oder wieder aufgehoben, sondern nur durch eine exceptio perpetua ganz oder theilweise entkräftbar ist, dasselbe auch bei der posterior obligatio der Fall sein muß, vgl. auch l. 20. de SC. Maced. (14, 6), l. 32. sol. matr. (24, 3), l. 14. de except. (44, 1), wobei sich nur von selbst versteht, daß auch in diesem Falle die Intention der Kontrahenten eine weitergehende und auf Aufhebung der Exzeptionen gerichtet sein kann, was namentlich dann der Fall ist, wenn der Promissor die Einreden kannte, vgl. l. 12. h. t., l. 25. de V. O. (45, 1), l. 2. C. ad SC. Maced. (4, 28) vgl. mit l. 20. de SC. Maced. („ignorans"). Doch sind die Ansichten hierüber sehr verschieden, vgl. Sintenis II. §. 105. Not. 12, Girtanner,

Stipul. S. 238 fg., Römer, beb. Novat. S. 39 fg S. 43 fgg., Salpius S. 274 fgg., Salkowski S. 392 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 355.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß nur die Existenz, aber nicht auch die wirkliche Aufhebung der prior obligatio die nothwendige Voraussetzung für die Giltigkeit der Novations-Stipulation ist, und wenn also z. B. ein Pupill ohne Tutor eine Novations-Stipulation abschließt, so wird zwar dadurch die frühere obligatio nicht aufgehoben — dazu bedürfte es der auctoritas des Tutor —, aber dennoch aus der Novations-Stipulation eine actio ex stipulatu begründet, so daß dieselbe hier die Natur einer accessorischen Stipulation annimmt, l. 9. pr., l. 16. h. t.

2) Es muß aber auch, um eine Novation zu begründen, die *posterior* obligatio rechtliche Existenz haben, indem ohne dies die prior obligatio nicht untergeht; ob aber die Novations-Stipulation eine zivile oder eine blos naturale Obligation hervorbringt, ist gleichgiltig, l. 1. §. 1. h. t., vgl. auch §. 3. J. quib. mod. toll. (3, 29), *Gai.* III. 176. (warum die promissio *servi*, obwohl sie eine naturale Obligation hervorbringen kann, dennoch nach Inhalt der beiden zuletzt angeführten Stellen, vgl. auch Gai. III. 179, l 30. §. 1. de pact. (2, 14), keine novirende Kraft hat, wird verschieden erklärt, vgl. insbesondre Schwanert, Naturaloblig. S. 293 fg, Girtanner, Stipul. S. 239 fgg., Salpius S. 147 fgg., Salkowski S. 426 fgg.). Wenn nach dem Zeugniß von Gaius III. 179. ältere Juristen, namentlich Servius Sulpicius, noch viel weiter gingen und durch jede formell giltige Stipulation, wenn sie auch gar keine materielle Existenz hatte, eine Novation eintreten ließen, so war dies schon zu Gaius Zeit ein überwundener Standpunkt („sed alio jure utimur"), obwohl doch auch im späteren Rechte noch immer soviel anerkannt ist, daß wenn nur die stipulatio ipso jure zu Recht besteht, obwohl sie durch eine exceptio vollkommen entkräftbar ist, die Novation dadurch bewerkstelligt werden kann. Eine Anwendung hiervon kommt z. B. vor bei der expromissio einer interzedirenden Frau, indem hier, trotzdem daß der Novat. Stipulat. die exceptio SCti Vellej. entgegen steht, doch die Forderung des Gläubigers gegen den früheren Schuldner novirt wird, und ihm nur mittelbar durch eine actio restitutoria geholfen wird, vgl. z. B. l. 8 §. 11, l. 9. 14. ad SC. Vell. (16, 1), und eine andere sprechende Anwendung kommt vor in l. 91. de solut. (46, 3), vgl. Salpius S. 147 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 354, Salkowski S. 421 fgg. — In voller Uebereinstimmung mit dem hier angedeuteten Grundsatze muß nun auch für den Fall der bedingten Novation die Regel gelten, daß nur im Falle der erfüllten Bedingung die prior obligatio zerstört wird, während, wenn die Bedingung defizirt, die bisherige obligatio in ihrer vollen Integrität bestehen bleibt, l. 8. §. 1. fin., l. 14. pr., l. 24. h t, Gai. III. 179, womit auch unmittelbar der weitere Satz zusammen hängt, daß auch dann, wenn während schwebender Bedingung die zugesagte species untergeht, ebenfalls von Novation keine Rede sein kann, selbst wenn die Bedingung in Erfüllung geht, weil ja auch in diesem Falle die Novations-Stipulation nicht zur Geltung kommen kann, l 14. pr., l. 31 pr. h. t. Die von Gaius l. c. referirte Meinung von Servius Sulpicius, daß auch die bedingte Novation immer sogleich die prior obligatio völlig zerstöre, so daß im Falle der defizirenden

Bedingung der Gläubiger gar nichts fordern könne, ist zu keiner Anerkennung gelangt („alio jure utimur" Gai. cit.), obwohl es allerdings, wenigstens bei der einfachen Novation ohne Personen-Wechsel, gedenkbar ist, daß die bedingte Novation zugleich einen eventuellen Nachlaßvertrag für den Fall der defizirenden Bedingung enthält, in welchem Falle dann dem Schuldner die exceptio pacti zur Seite stehen würde, *Gai.* cit. verb.: sed videamus rel.; bei einer Novation mit Personen-Wechsel kann aus nahe liegenden Gründen eine solche Intention wohl niemals angenommen werden, l. 30. §. 2. de pact. (2, 14). — Wenn nun hiernach auch selbstverständlich während schwebender Bedingung die alte Obligation vollkommen bestehen bleibt, so war es doch eine zu weit getriebene Konsequenz, wenn Labeo dem alten Gläubiger während dieser Zeit sogar auch die Realisirung derselben gestatten wollte, l. 80. de jure dot. (23, 3), denn dadurch wäre ja leicht auch für den Fall der existirenden Bedingung die ganze Novationsstipulation zu einer bloßen Illusion geworden. Mit Recht wurde deßhalb später allgemein angenommen, daß der Gläubiger, welcher eine bedingte Novat.-Stipulation abschloß, oder im Falle einer Delegation durch einen Andren abschließen ließ, damit zugleich auch ein pactum de non petendo für die Zeit der schwebenden Bedingung eingehe, und also während dieser Zeit an der Geltendmachung der Forderung verhindert sei, l. 50, l. 83. de jure dot. (23, 3), l. 36. de reb. cred. (12, 1). Wenn dies Manche (z. B. Kniep S. 15 fgg., Salkowski S. 441 fgg. u. A. m.) vielmehr so konstruiren wollen, daß durch eine bedingte Nov.-Stip. auch die alte obligatio in eine bedingte, nämlich in eine obligatio mit der umgekehrten Bedingung umgewandelt werde, so ist dies gewiß unhaltbar, weil eine solche Umwandlung nothwendig eine Aufhebung der früheren obligatio enthalten würde, und eine bedingte Novation vor Eintritt der Bedingung keine aufhebende Wirkung haben kann, vgl. bes. Römer S. 85 fgg., und s. auch Windscheid, Lehrb. §. 354. Not. 10. Obwohl aber der Schuldner während schwebender Bedingung sich durch eine justa exceptio schützen kann, so steht ihm doch bei der einfachen Novation ohne Personenwechsel und ohne Veränderung des Objekts, im Falle irrthümlicher Zahlung, keine condictio indebiti zu, weil er etwas gezahlt hat, was er später nach entschiedener Bedingung doch jedenfalls zahlen müßte entweder aus der prior oder der posterior obligatio („certum est, eundem debiturum"), während im Falle der expromissio ihm auch die condictio indebiti nicht versagt werden kann, l. 60. §. 1. de cond. indeb. (12, 6). Vgl. überhaupt Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die urspr. Oblig. Wism. 1860, Römer, die bedingte Novat. Tüb. 1863, Salkowski S. 437 fgg. —

Wenn manche Neuere es für wesentlich halten, daß das Objekt der beiden Obligationen, der prior und der posterior, vollkommen identisch sein müsse, vgl. z. B. Liebe, Stipul. S. 158 fg., Salpius S. 159 fgg., Salkowski S. 79 fgg., so läßt sich Manches dafür sagen, daß ein solcher Satz im ältern römischen Rechte wirklich gegolten habe; im Justinianischen Rechte ist aber entschieden anerkannt, daß die Novations-Stipulation auch ein anderes Objekt haben kann, als die frühere, ohne daß dadurch die novirende Wirkung gehindert

würde, vgl. l. 25. de jure dot. (23, 3), l. 58. de V. O. (45, 1), l. 28. h. t., l. 10. C. si cert. petat. (4, 2), l. 8. C. h. t.

Anm. 2. Was den Einfluß der Novation auf die Mora des Schuldners anbelangt (vgl. Madai, Mora S. 484 fgg., Wolff, Mora S. 508 fgg., Mommsen, Mora S. 331 fgg., Heimbach im Rechtslex. XII. S. 1037 fgg., Kniep, bed. Nov. S. 31 fgg., Römer, bed. Nov. S. 142 fgg. S. 328 fgg., Salkowski, Novat. S. 285 fgg. S. 458 fgg.), so versteht es sich ganz von selbst, daß mit der Aufhebung der Obligation selbst auch die Mora aus derselben aufgehoben wird, l. 17. de cond. furt. (13, 1), und die animo novandi abgeschlossene Stipulation begründet selbst dann eine purgatio morae, wenn sie auch in Wirklichkeit keine novirende Wirkung hat, weil sich darin in unzweideutiger Weise ein Verzicht des Gläubigers ausspricht, l. 8. pr. h t. (in welcher Stelle die zweite Stipulation keine Novation bewirken kann, weil sie nil novi enthält, sondern formell und materiell mit der vorausgegangenen Stipulation identisch ist), l. 29. §. 1. de V. O. 45, 1. (in welcher sehr verschieden ausgelegten Stelle entschieden wird, daß zwar die von dem Bestohlnen mit dem Dieb abgeschlossene Stipulation „hominem dari" nullius momenti sei, weil man sich seinen eigenen Sklaven nicht rechtsgiltig stipuliren könne, dennoch aber dadurch die durch das furtum begründete Mora purgirt werde, vgl. Salkowski S. 291 fgg., und s. dort auch in Not. 39. die reiche Literatur). Das Aufhören der Mora hat aber an und für sich nur die Folge, daß vom Augenblick der posterior stipulatio an von neuen Wirkungen der mora keine Rede sein kann, aber die herrschende Lehre (vgl. Römer S. 163 fgg. und die dort in Not. 3. Zitt.) nimmt gewiß mit Recht an, daß auch die bis zu diesem Zeitpunkt aus der Mora für den Gläubiger begründeten Ansprüche, ohne besondere Reservation derselben, nicht mehr geltend gemacht werden können; bei einer wirklich erfolgten Novation kann dies schon darum nicht anders sein, weil es dem Gläubiger an einer Klage fehlen würde, und bei der zwar animo novandi abgeschlossenen aber doch nicht novirenden Stipulation ist natürlich der stillschweigende Verzicht auf alles das gerichtet, was im Falle wirklicher Novation dem Gläubiger verloren gegangen wäre. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die bereits für den Gläubiger erworbenen Ansprüche aus der Mora in die Novations-Stipulation aufgenommen werden können, und zwar ist dies begreiflich immer der Fall, wenn dieselbe allgemein darauf gerichtet ist „quidquid dare facere oportet"; ja es kann gedenkbarer Weise die Nov.-Stipulation selbst das in sich aufnehmen, was der Gläubiger haben würde, wenn die Mora auch noch nach der Novat.-Stipulation fortgedauert hätte. Immer aber bedarf es dazu einer speziellen Verabredung, und es ist eine m. E. schlechthin verwerfliche Ansicht, von Kniep S. 36 fgg. und Römer S. 167 fgg., wenn sie schon blos aus der Stipulat.-Formel „quidquid dare facere oportet *oportebitve*" eine solche weitergehende Haftung ableiten, s. auch Salkowski S. 306 fgg.

Ueber die Frage, welchen Einfluß eine bedingte Novation auf die Mora des Schuldners äußere, waren schon die römischen Juristen sehr verschiedener Ansicht, und auch h. z. T. ist dieselbe sehr streitig. – Die Quellen haben bei dieser Frage ausschließlich die wichtigste Wirkung der mora, die Perpetuirung der obligatio, im Auge, und der Fall, den sie behandeln, ist demnach folgender:

nach begründeter Mora wird eine bedingte Novation abgeschlossen, und während schwebender Bedingung geht die geschuldete Sache durch Zufall unter; haftet hier der Schuldner doch noch in Folge seiner Mora für den Werth, oder wird ihm die Haftung für Zufall durch die abgeschlossene Nov.-Stipulation abgenommen? Julian in l. 56. §. 8. de V. O. (45, 1) und Venulejus in l. 31. pr. h. t. sind, ungeachtet ihrer verschiedenen Ansicht in einem andren Punkte, doch hierin völlig einverstanden, daß sie die Mora ungeachtet der Novation fortdauern lassen, und also dem Gläubiger das Recht einräumen, den Werth der während schwebender Bedingung untergegangenen Sache von dem morosen Schuldner einzufordern, mag die Bedingung der Novat.-Stipulation sich erfüllen oder wegfallen. Das direkte Gegentheil wird aber von Marcellus in l. 72. §. 1—3. de solut. (46, 3), von Papinian in l. 17. de cond. furt. 13, 1. (welche Stelle wohl gewiß auch auf bedingte Novation bezogen werden muß, vgl. Salkowski S. 470.) und von Ulpian in l. 14. pr. h t. ausgesprochen, indem hier einstimmig entschieden wird, daß die bedingte Novation eine purgatio morae begründe, daß also sogleich mit Abschluß der Stipulation die Haftpflicht des Schuldners für Zufall wegfalle, und derselbe also durch kasuellen Untergang während schwebender Bedingung immer liberirt werde, einerlei ob die Bedingung nachher sich erfüllt oder defizirt. An eine Vereinigung dieser verschiedenen Aussprüche durch Interpretation (vgl. über die verschiedenen mißlungenen Versuche Römer S. 194 fgg.) ist m. E. gar nicht zu denken, aber ich halte es für unzweifelhaft, daß die zuletzt angeführten Stellen einen dem Geiste des neuern Rechts entsprechenden Fortschritt vom strictum jus zu dem aequum jus enthalten, und sich in ihnen der wahre Wille, gleichsam das letzte Wort des Justinianischen Rechts ausspricht. Nach strengem Rechte müßte man allerdings sagen, daß eine bedingte Novation während schwebender Wirkung noch gar keinen Einfluß auf die prior obligatio zu äußern vermöge, ein Satz, der ja, wie wir oben sahen, von Labeo sogar bis zu der Spitze getrieben wurde, daß nach seiner Meinung der Gläubiger während dieser Zeit selbst die Realisirung der prior obligatio erzwingen, und dadurch die ganze Novation zu einer bloßen Illusion machen konnte; eine Konsequenz dieses strengen Rechts nun war es, wenn Julian und Venulejus annahmen, daß wie die obligatio selbst, so auch die mora aus derselben während der schwebenden Bedingung noch unverändert fortdauere, und also der morose Schuldner noch immer die Gefahr des Untergangs auf sich nehmen müsse. Sicherlich aber entsprach dieses wenig der Aequitas. und dem wahren Willen der Kontrahenten. Indem der Gläubiger dem morosen Schuldner gegenüber sich zu einer bedingten Novation verstand, sprach er doch in der unzweideutigsten Weise seine Zustimmung dazu aus, daß der Schuldner vorerst nicht zu zahlen brauche, daß derselbe mit Fug und Recht die schuldige Leistung noch zurückbehalte, und damit war es schwer vereinbar, doch noch eine Fortdauer der Mora anzunehmen und den Schuldner noch immer wie einen Delinquenten für zufälligen Untergang einstehen zu lassen. Dieser Aequitäts-Forderung gestand nun Marcellus volle Berechtigung zu, l. 72. §. 1. de solut. (46, 3):

„Sed in promtum contradictio est, debitorem, quum stipulanti creditori sub conditione promisit, *non videri in solutione hominis cessasse*',

und um dies noch mehr zu begründen, berief er sich auf die Aehnlichkeit mit einem andren Fall, in welchem anerkannter Weise eine morae purgatio eintrat, nämlich mit dem Falle der Oblation. Man hat diese Gleichstellung ungereimt gefunden, und auf die großen Verschiedenheiten beider Vorgänge hingewiesen, vgl. z. B. Kniep S. 101 fgg., Römer S. 212 fgg., Salkowski S. 469 fgg., aber ungeachtet dieser augenscheinlichen Verschiedenheiten, die dem scharfsinnigen Marcellus gewiß nicht verborgen waren, ist doch in einem Punkte eine unverkennbare Aehnlichkeit vorhanden, und dieser eine Punkt ist gerade der für unsre Frage entscheidende; die Oblation begründete darum eine purgatio morae, weil durch die Zurückweisung des Anerbietens der Gläubiger seinen Willen ausgesprochen hatte, jetzt die Zahlung nicht zu verlangen, sondern die res debita noch bei dem Schuldner zu belassen, und in dieser Beziehung verhielt es sich mit der bedingten Novation genau so, wie bei der Oblation, so daß man nicht ohne Inkonsequenz bei der einen eine purgatio morae annehmen, bei der andren verwerfen könnte. Wenn freilich Marcell in l. 72. §. 3. eod. soweit geht, auch für die bedingte Novation zum Zweck der purgatio morae die Gegenwart der Sache zu fordern, weil diese bei der Oblation nöthig sei: so war dies ein offenbarer Mißgriff, der dann auch von Papinian in l. 17. de cond. furt. ausdrücklich, und von Ulpian in l. 14. pr. h. t. wenigstens stillschweigend zurückgewiesen wird. — Das Resultat ist, daß nach neuerem römischen Rechte die bedingte Novation stets, wenn nicht ein anderweiter Wille der Kontrahenten in einem einzelnen Falle nachweisbar ist, eine purgatio morae enthält, und der Schuldner also für den während schwebender Bedingung erfolgten zufälligen Untergang der schuldigen Sache nicht haftet, einerlei ob nachher die Bedingung der Novations-Stipulation in Erfüllung geht oder defizirt. Diese Ansicht hat auch von jeher die meisten Anhänger gehabt, vgl. z. B. Mommsen S. 336. und die dort in Not. 12. Angeff., obwohl es doch niemals an Dissentienten gefehlt hat, und namentlich auch die neuesten Bearbeiter unsrer Lehre, Kniep, Römer und Salkowski andrer Meinung sind. Dieselben stimmen darin überein, daß sie die Widersprüche der Gesetze für völlig unlösbar erklären, und darum sämmtliche Stellen wie gar nicht vorhanden betrachten, und nur aus allgemeinen Prinzipien die Frage beantworten. Dadurch gelangt Kniep S. 100 fgg. zu Ergebnissen, die im Wesentlichen mit der herrschenden Lehre übereinstimmen, jedoch mit der Ausnahme, daß er bei der Expromissio im Falle defizirender Bedingung den debitor morosus für zufälligen Untergang haften lassen will. Dagegen ist Römer S. 207 fgg. S. 261 fgg. S. 322 fgg. S. 327 fgg. direkt entgegengesetzter Meinung, indem er der bedingten Novation in allen ihren Arten, wenn nicht im einzelnen Falle ein anderweiter Wille beweisbar sei, die Wirkung der morae purgatio abspricht und folglich immer den morosen Schuldner für zufälligen Untergang während schwebender Bedingung haften läßt, einerlei ob die Bedingung in Erfüllung geht oder defizirt. Auch Salkowski S. 481 fgg. nimmt an, daß im Zweifel die bedingte Novation den morosen Schuldner nicht von der Haftung für Zufall befreie, jedoch mit Ausnahme der Delegation, denn da hier der Schuldner ohne eigene Gefahr gar nicht im Stande sei, sich während schwebender Bedingung durch Zahlung zu liberiren, weil es ja erst vom Ausgang der Bedingung ab-

hänge, an wen er zu zahlen habe, so könne man in diesem Falle ohne innern Widerspruch eine Fortdauer der mora nicht annehmen.

Wir haben bisher nur von einer Wirkung der Mora, der Perpetuirung der Obligatio, geredet, von der allein auch in den Quellen gesprochen wird. Was die übrigen Wirkungen des Verzugs, die Verzugszinsen, Verzugsfrüchte u. s. w. anbelangt, so kann es nach den obigen Ausführungen wohl keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß auch in Betreff dieser Wirkungen eine purgatio morae angenommen werden muß, und der Gläubiger also für die Zeit der schwebenden Bedingung dieselben niemals in Anspruch nehmen kann, mag die Bedingung existiren oder defiziren. Was aber die im Augenblick der Nov.-Stipulation schon begründeten Folgen der mora betrifft, so muß allerdings zwischen erfüllter und weggefallener Bedingung unterschieden werden. Im erstren Fall ist es gerade so, wie wenn von Anfang an eine unbedingte Novation abgeschlossen wäre, und der Gläubiger kann also dieselben wegen mangelnder Klage nicht geltend machen, während im Falle der defizirenden Bedingung der Realisirung auch dieser Ansprüche aus der früheren Obligation nichts im Wege steht.

Anm. 3. Ueber Delegation vgl. außer den schon oben Angeff., unter denen Salpius S. 4 fgg. S. 27 fgg. besonders hervorzuheben ist, auch noch Meyerfeld, Schenkungen I. S. 241 fgg., Thöl, Handelsr. I. §. 128 fgg., *Bernstein*, de delegationis natura. Berol. 1865, Windscheid, Lehrb. II. §. 412. Die früher herrschende Lehre, daß die Delegation eine Unterart der Novation sei, kann sich zwar nicht ohne Schein auf die Legaldefinition in l. 11. pr. h. t.

Ulp. „Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit"

und auf die Verbindung von Novation und Delegation in denselben Quellentiteln berufen; aber doch ist sie mit dem Inhalt der Quellen in so handgreiflichem Widerspruch, daß man kaum begreifen kann, daß sich dieselbe so lange hat behaupten können. Folgende Punkte sind hier hauptsächlich in Betracht zu ziehen:

1) Sehen wir ganz ab von der vulgären Bedeutung von delegare = praestare, mandare (delegare *aliquid*), z. B. delegare jurisdictionem, actiones, nomen etc., vgl. z. B. l. 51. de pecul. (15, 1), l. 9. de praescr. verb. (19, 5), l. 1. de damno inf. (39, 2), l. 1. C. de contr. jud. tut. (5, 58), Salpius S. 33 fgg., Salkowski S. 109 fgg., so ist eine Delegation im eigentlichen, technischen Sinne (delegare *aliquem*) dann vorhanden, wenn Jemand einem Andren den Auftrag giebt, eine Leistung an einen Dritten zu machen, so daß also zu einer Delegation nothwendig drei Personen gehören, der Auftraggeber (delegans), der, welcher die Leistung macht (delegatus), und derjenige, an welchen die Leistung gemacht wird (s. g. delegatarius). Die aufgetragene Leistung kann aber vorzüglich eine zwiefache sein, nämlich entweder ein Geben, ein solvere, s. g. Zahlungs-Anweisung, oder ein Sichverpflichten, ein promittere, s. g. Kredit-Anweisung. Die erstre wird sehr oft in den Quellen erwähnt, vgl. z. B. l. 57. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 5. §. 8. de jure dot. (23, 3), l. 1. §. 16. si quid in fraud. patr. (38, 5), l. 4. §. 26, l. 16. de doli exc. (44, 4), l. 96 pr. de solut. (46, 3), l. 8. C. de oblig. et

act. (4, 10); und dabei versteht es sich nun ganz von selbst, daß hier niemals von einer Novation die Rede sein kann, auch wenn dadurch eine Schuld zwischen dem delegatus und dem delegans, oder zwischen dem delegans und dem delegatarius getilgt wird; denn hier gar keine neue Obligatio entsteht, so fällt der Begriff von Novation [illegible]fort hinweg. Das einfache Prinzip ist hierbei vielmehr, daß eine solche Delegation immer zwei Zahlungen enthält, eine des Delegaten an den Delegans, nach dem Grundsatz der l. 180. de R. J.:

„Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset",

und die andre des Deleganten an den Delegatar, gemäß der Regel der l. 56. de solut. (46, 3):

„Qui mandat solvi, ipse videtur solvere";

vgl. l. 3. §. 12. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1):

„— — — eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret, nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari";

s. auch l. 61. de evict. (21, 2), l. 19. 59. pr. de jure dot. (23, 3), l. 14. pr. de fundo dot. (23, 5), l. 65. §. 4. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 15. §. 1. de statu liber. (40, 7), l. 49. 64. de solut. (46, 3). Zwischen dem Delegaten und dem Delegatar ist gar kein Rechtsverhältniß begründet, und namentlich sind dabei auch die besondren Rechtsverhältnisse zwischen dem Deleganten und Delegaten, und zwischen dem Delegatar und dem Deleganten ohne allen Einfluß. Setzen wir also z. B. daß der Delegat nur vermeintlicher Schuldner des Deleganten war, und in diesem Irrthum sich delegiren ließ und zahlte, so kann derselbe doch niemals dem Delegatar gegenüber, sondern immer nur gegen den Deleganten die condictio indebiti gebrauchen, l. 57. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 59. fin., l. 66. de solut. (46, 3).

2) Nur bei der Kredit-Anweisung, an welche allerdings die römischen Juristen ganz vorzugsweise denken, wenn sie von Delegation sprechen, kann denkbarer Weise von Novation die Rede sein, aber auch hier selbstverständlich nur dann, wenn ein Schuldverhältniß zwischen dem delegans und dem delegatus oder zwischen dem delegatarius und dem delegans vorhanden ist, welches durch die Delegation getilgt werden soll. Das Dasein eines solchen Schuldverhältnisses gehört aber ganz und gar nicht zum Wesen der Delegation, denn es ist weder erforderlich, daß der delegatus Schuldner des delegans ist, indem sich derselbe auch eben so gut delegiren lassen kann, um dem delegans zu schenken, l. 33. h. t., l. 2. §. 2, l. 21. pr. de donat. (39, 5), oder zu kreditiren, l. 19. §. 3. de instit. act. (14, 3), l. 5. C. h. t., noch auch, daß der delegans Schuldner des delegatarius ist, indem vielmehr auch hier der delegans die Delegation zu dem Zwecke vornehmen kann, um den delegatarius zu beschenken, l. 2. §. 2, l. 21. §. 1, l. 33. §. 3. de donat. (39, 5), l. 18. §. 1. de mort. causa donat. (39, 6), oder ihm zu kreditiren, l. 32. de reb. cred. (12, 1), l. 8. §. 5, l. 27. §. 2. ad SC. Vellej. (16, 1). Fehlt es nun aber an einem solchen Schuldverhältniß, so ist selbstverständlich an eine Novation gar nicht zu denken, weil ja gar keine prior obligatio vorhanden ist, welche novirt werden könnte. Eine solche Delegation enthält vielmehr juristisch zwei Baarzahlungen

und einen Kreditvertrag, denn es wird angenommen, daß 1) der Delegatus baar an den Delegans gezahlt, und dadurch die beabsichtigte Schenkung oder das Darlehn u. s. w. effektuirt habe, daß 2) eben so der delegans baar an den delegatarius gezahlt, und also auch seinerseits die intendirte Schenkung ꝛc. realisirt habe, und daß endlich 3) der delegatarius die von dem delegans empfangene Summe dem delegatus kreditirt habe, l. 21. §. 1. de donat. (39, 5):

„Si debitorem meum tibi donationis causa promittere jussi, — — perinde est, *quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris*“,

vgl. l. 2. §. 2, l. 33. §. 3. eod., l. 5, l. 8. § 3. ad SC. Vellej. (16, 1). Daß nach dieser Konstruktion das Schuldverhältniß zwischen dem delegatus und dem delegetarius völlig unabhängig ist von den besondren Rechtsverhältnissen zwischen dem delegatus und dem delegans, und bzw. zwischen dem delegans und dem delegatarius, versteht sich ganz von selbst, und es kann also namentlich daraus, daß das eine oder andre dieser Rechtsverhältnisse einer Anfechtung unterlag, niemals für den delegatus dem delegatarius gegenüber eine exceptio oder condictio erwachsen.

3) Selbst dann aber, wenn durch eine Kreditanweisung ein bestehendes Schuldverhältniß zwischen dem delegatus und dem delegans, oder zwischen dem delegans und dem delegatarius getilgt werden soll, ist keineswegs immer eine Novation vorhanden, sondern es muß, wie besonders Salpius mit Recht hervorgehoben hat, zwischen der von ihm s. g. reinen und der titulirten Delegation unterschieden werden. Die erstre ist dann vorhanden, wenn die Stipulation zwischen dem delegatarius und dem delegatus gar keinen Bezug auf die bestehende Obligation nimmt, sondern ein abstraktes Summenversprechen ist. Setzen wir, Primus schuldet dem Secundus 100, dieser will eben so viel dem Tertius schenken, und kommt nun mit seinem Schuldner überein, ihn dadurch zu befriedigen, daß derselbe 100 an den Tertius verspricht; wenn jetzt zwischen Primus und Tertius die abstrakte Stipulation: spondesne centum dare? abgeschlossen wird, so ist zwar allerdings die Obligatio zwischen Primus und Secundus erloschen, aber nicht durch Novation, sondern durch Zahlung, und es verhält sich in diesem Falle genau so, wie in den Fällen bei Nr. 2; es wird angenommen, der delegatus habe an den delegans gezahlt, und sich dadurch von seiner Schuld liberirt, der delegans habe das als Zahlung Empfangene an den delegatarius gegeben, und dadurch seine beabsichtigte Schenkung realisirt, und der delegatarius endlich habe das als Geschenk Empfangene dem delegatus kreditirt. Es versteht sich also auch in diesem Falle ganz von selbst, daß die neue Obligation zwischen dem Delegaten und dem Delegatar völlig unabhängig ist von der früheren Obligatio zwischen dem Delegaten und dem Deleganten, und daß namentlich der Delegat schlechthin nicht befugt ist, Einreden, die er seinem Gläubiger entgegen setzen konnte, dem Delegatar gegenüber zu gebrauchen, sondern er kann immer nur eine condictio gegen den delegans anstellen, l. 19. h. t.:

Paul. „Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est; idemque est et in ceteris

similibus exceptionibus. — — Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur";

vgl. l. 12. 33. eod., l. 21. pr. §. 1, l. 33. §. 3. de donat. (39, 5), l. 4. §. 21, l. 5. §. 5. de doli exc. (44, 4). Daß ganz daſſelbe auch dann gilt, wenn eine Schuld des delegans an den delegatarius durch reine Delegation getilgt werden ſoll, und daß alſo hier der delegatus keine Einrede aus der Perſon des delegans entnehmen kann, verſteht ſich ganz von ſelbſt, vgl. auch l. 21. §. 1. de donat. (39, 5). Doch leiden dieſe Regeln einige ſinguläre Ausnahmen, nämlich 1) wenn eine verbotene Schenkung unter Ehegatten durch Delegation bewerkſtelligt werden ſoll, l. 5. §. 3. 4, l. 39. de donat. (39, 5), 2) wenn eine Frau gegen das SC. Vellejanum eine Interzeſſion durch Delegation abſchließt, l. 8. §. 6, l. 19. §. 5. ad SC. Vellej. (16, 1), und endlich 3) wenn der Delegat irrthümlich als Schuldner des Deleganten gilt und zugleich der Delegant ſich irrthümlich für den Schuldner des Delegatars hält, oder doch eine Schenkung an den Delegatar bewerkſtelligt werden ſoll, l. 2. §. 3. 4. de donat. (39, 5), l. 7. pr. §. 1. de doli exc. (44, 4), vgl. Salpius S. 120 ſgg.

4) Ganz anders verhält es ſich aber im Falle einer titulirten Delegation. Dieſe iſt dann vorhanden, wenn die Stipulation zwiſchen dem delegatarius und dem delegatus dadurch individualiſirt wird, daß die frühere obligatio in dieſelbe aufgenommen wird, wenn alſo nicht abſtrakt 100 verſprochen werden, ſondern die 100, die der delegatus an den delegans, und resp. der delegans an den delegatarius ſchuldet. In Fällen dieſer Art, und nur in dieſen, enthält die Delegation eine Novation. Wenn in unſrem obigen Beiſpiele Tertius mit Primus die Stipulation abſchließt: spondesne mihi dare, quod Secundo debes? oder auch: spondesne mihi centum dare, quae Secundo debes?, dann iſt wirklich die obligatio zwiſchen Primus und Secundus durch Novation getilgt, und an ihre Stelle iſt die obligatio zwiſchen Primus und Tertius getreten (novatio mit Wechſel des Gläubigers). Und denken wir uns, daß Secundus dem Tertius 100 ſchuldet, und den Primus in der Weiſe delegirt, daß zwiſchen Tertius und Primus die Stipulation abgeſchloſſen wird: spondesne mihi dare, quod Secundus mihi debet? oder auch: spondesne mihi centum dare, quae Secundus mihi debet?, ſo iſt auch hier die obligatio zwiſchen Secundus und Tertius durch Novation aufgehoben (novatio mit Wechſel des Schuldners). In dieſen Fällen kommen denn auch die Grundſätze zur Anwendung, die wir oben für die Novation kennen gelernt haben, und namentlich kann alſo auch der delegatus Einreden aus ſeinem Schuldverhältniß mit dem delegans und bzw. aus dem Schuldverhältniß des delegans mit dem delegatarius, dem Delegatar entgegenſetzen, vgl. Anm. 1. Wenn die herrſchende Lehre dies in Abrede ſtellt, ſo hat dies ſeinen Grund nur darin, weil man die zahlreichen Stellen, die von der reinen Delegation handeln, irriger Weiſe generaliſirte, indem man den wichtigen Unterſchied zwiſchen der reinen und titulirten Delegation ignorirte.

5) Wenn, was sehr häufig vorkommt, eine obligatio zwischen dem delegatus und dem delegans und zugleich eine obligatio zwischen dem delegans und dem delegatarius vorhanden ist (Secundus hat von Primus 100 zu fordern, und schuldet 100 an den Tertius, und delegirt nun seinen Schuldner seinem Gläubiger): so werden durch eine solche Delegation allerdings beide Obligitionen aufgehoben, aber nicht beide durch Novation, sondern immer nur eine, während die andre durch Zahlung erlöscht. Welche durch Novation aufgehoben werde, hängt begreiflich von der Fassung der Stipulation ab, und wenn also in unsrem Beispiele die Stipulation lautet: spondesne mihi centum dare, quae Secundo debes? so ist die obligatio zwischen Primus und Secundus novirt (Wechsel des Gläubigers), während die obligatio zwischen Secundus und Tertius durch Zahlung aufgehoben wird, und in diesem Falle kann also Primus auch nur Exzeptionen aus seiner obligatio mit dem Secundus dem Tertius entgegen setzen. Lautet aber die Sipulation: spondesne mihi centum dare, quae Secundus mihi debet?, so ist auch nur die Schuld zwischen Secundus und Tertius novirt (Wechsel des Schuldners), während Primus von dem Secundus durch Zahlung liberirt ist, und die Exzeptionen aus der letzteren Schuld niemals dem Delegatar entgegen gestellt werden können.

6) Schließlich ist noch zu bemerken, daß eine Novation mit Wechsel des Gläubigers nur durch Delegation bewerkstelligt werden kann, indem hier immer die Einwilligung und bzw. Mitwirkung aller drei Subjekte — des Schuldners, des alten und des neuen Gläubigers — wesentlich nöthig ist. Dagegen kann eine Novation mit Wechsel des Schuldners auch ohne Delegation vor sich gehen, indem durch eine Novations-Stipulation zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger der alte Schuldner auch ohne sein Wissen und Wollen vollständig liberirt wird, l. 8. §. 5. h. t., l. 91. de solut. (46, 3), l. 13. §. 10. fin. de accept. (46, 4). Hiermit hängt ein neuerer Sprachgebrauch zusammen; man pflegt nämlich jetzt nur die Novation der erstren Art (Wechsel des Gläubigers) als Delegation zu bezeichnen, während man die Novation der zweiten Art (Wechsel des Schuldners) selbst dann, wenn eine Delegation wirklich dabei vorkommt, nicht so nennt, sondern dafür allgemein den Ausdruck *expromissio* zu gebrauchen pflegt. —

Ueber die Frage, ob der Delegation ein Mandat des delegans zu Grunde liege, vgl. Salpius a. a. O. §. 9. 10, *Bernstein* cit. p. 10 sqq. 52 sqq. 106 sqq., Windscheid §. 412. Anm. 8.

4) Konfusion. §. 620.

Lauterbach, de confusione; in Diss. acad. tom. I. nr. 56, Koch II. S. 730 fgg., Unterholzner I. S. 567 fgg., *Molitor* III. p. 309 sqq. Vgl. auch Girtanner, Bürgsch. S. 504 fgg., Kuntze, die Obligat. S. 217 fgg., Fitting, Korrealobligationen S. 103 fgg., Schwanert, Naturalobligat. S. 403 fgg., *Machelard*, des oblig. natur. p. 290 suiv., Baron, Gesammtrechtsverh. S. 335 fgg.

1) *Scaevola* l. 93. de solut. (46, 3): Si duo rei sint stipulandi, et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio. Placet, non confundi. Quo bonum est, hoc dicere? Quodsi intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres extitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est hujus rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine, an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit, necne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum heredem scripsit, confunditur obligatio. §. 2. Sed et si reus heredem fidejussorem scripserit, non confunditur obligatio; et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties duae sint principales, alteram alteri potius adjici ad actionem, quam confusionem parere videatur. §. 3. Quid ergo, si fidejussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat. (Es kann kaum zweifelhaft ſein, daß die Lesart ſowohl in §. 1. als in §. 2. durch Verſehen eines Abſchreibers korrumpirt iſt; offenbar gehört nämlich das *non*, was irriger Weiſe in §. 2. vor den Worten: confunditur obligatio ſteht, vielmehr vor dieſe Worte in §. 1, wo es irrthümlich weggelaſſen iſt; vgl. auch die von *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 118. Zitirten. In den Baſiliken (XXVI. 5. 93) fehlt merkwürdiger Weiſe die Negation in beiden Paragraphen).

2) *Papinian.* l. 95. §. 3. eod.: Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, toties verum est, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur. (Auch dieſe Stelle iſt ſicher korrumpirt, indem vor duntaxat das Wort „*natura*“, und vor liberabitur ein „*non*“ eingeſchoben werden muß, vgl. die bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 120 sqq. Angeff. und ſiehe auch die übrigen oben Bd. I. S. 314. Genannten. Dieſe Emendation findet eine weſentliche Stütze in den Baſiliken XXVI. 5. 95: »*εἰ γὰρ ὁ ἐναγομενος φύσει μόνον ἠνειχετο, οὐκ ἀπόλλυται*« und die Einſchiebung eines »non« wird auch ſchon durch den gleich folgenden Gegenſatz gerechtfertigt: »e contrario non potest dici, non tolli

fidejussoris obligationem« etc. Ueber diesen letzteren Theil der Stelle vgl. die oben Bd. I. S. 314. gegebene Erklärung).

3) *African.* l. 38. §. 5. eod.: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem te heredem instituit; quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. (Vgl. Girtanner, Bürgsch. S. 511 fgg.).

5) Remissorische Geschäfte. §. 621.

Dig. II. 14, Cod. II. 3. de pactis; Dig. XLVI. 4, Cod. VIII. 44. de acceptilat. — Heimbach im Rechtslex. VII. S. 496 fgg., v. Völderndorff-Waradein, zur Lehre vom Erlaß. München 1850, Scheurl, Beiträge Bd. II. S. 16 fgg. — Koch II. S. 686 fgg., Unterholzner I. S. 478 fgg., *Molitor* III. p. 189 sqq. 242 sqq.

1) §. 1. J. quib. mod. oblig. toll.: Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* et Titius respondeat: *Habeo.* — — Quo genere, ut diximus, tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.

2) §. 3. J. de except. (4, 13): Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur; qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: *si paret eum dare oportere.* Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. — 3) *Papinian.* l. 95. §. 4. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque

fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.— 4) *Paul.* l. 17. §. 1. de pact. (2, 14): Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti.

5) §. 4. J. quib. mod. obl. toll.: Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emtum Sejus haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emtione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt. — 6) *Gordian.* l. 1. C. quando liceat (4, 45): Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit. — *Karlowa*, de natura atque indole *συναλλάγματος*. Bon. 1862. p. 15 sqq.

Anm. 1. Ob ein pactum de non petendo auch noch h. z. T. ebenso, wie nach Justinianischem Rechte, die Forderung blos ope exceptionis aufhebe, oder ob dasselbe jetzt vielmehr ipso jure vernichtend wirke, ist bestritten; vgl. über die verschiedenen Ansichten z. B. Guyet, Abhandl. Nr. 11, Büchel, zivilrechtliche Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 45 fgg., Fritz, Erl. zu Wening II. S. 420 fgg. Sehr Viele nehmen das Letztre an, und berufen sich dafür auf den bekannten Grundsatz des deutschen Rechts, daß alle pacta klagbar seien, oder wie man es auszudrücken liebt, daß alle pacta h. z. T. wie die Befragungs-Verträge des römischen Rechts wirkten. M. E. kommt aber dieser Grundsatz bei unsrer Frage gar nicht in Betracht, und ich nehme keinen Anstand, mich in Betreff der Nachlaßverträge für die fortdauernde Giltigkeit des römischen Rechts zu erklären. Daß nämlich das pactum de non petendo nicht ipso jure die Obligation aufhob, sondern nur ein jus exceptionis begründete, ist nicht etwa eine Folge seiner Formlosigkeit, sondern es ging dies konsequent aus dem Inhalte eines solchen Vertrags hervor, und mußte gewiß ganz eben so auch dann angenommen werden, wenn etwa die Form der Stipulation angewendet war. Der Gläubiger verspricht ja nur, die ihm zustehende Forderung nicht geltend machen zu wollen, und aus einem solchen Versprechen kann doch unmöglich eine unmittelbare Vernichtung der Obligation hervorgehen, sondern nur ein Recht des Schuldners auf Erfüllung dieses Versprechens, also nur ein jus exceptionis. Allerdings zwar kommen einige Fälle vor, in welchen ein Nachlaßvertrag doch ipso jure wirken soll, nämlich bei Natural- und bei einigen Delikts-

Obligationen, vgl. T. 3. und 4; aber dies widerstreitet unsrer Ansicht nicht, indem die erste Ausnahme in Betreff der Natural-Obligationen doch wohl nur eine aus Gründen der aequitas angenommene Inkonsequenz ist, die zweite Ausnahme in Betreff der Delikts-Forderungen sich aber daraus erklärt, daß hier nicht sowohl durch das pactum als solches, sondern vielmehr durch die in einem solchen Paktum sich aussprechende Verzeihung des Beschädigten die Forderung ipso jure aufgehoben wird. — Ist es aber gegründet, daß nicht aus der Formlosigkeit, sondern aus dem Inhalt des Vertrags und der sich darin aussprechenden Absicht der Paziszenten es erklärt werden muß, daß das pactum de non petendo nur ope exceptionis wirkt, so versteht es sich von selbst, daß daran in unsrem heutigen Rechte nichts geändert ist. — Uebrigens fällt die hier besprochene Frage nicht, wie Manche glauben, mit der andren zusammen, die oben S. 96 fg. zur Sprache gebracht ist, ob nämlich das pactum de non petendo, welches mit einem correus debendi oder credendi abgeschlossen ist, nicht h. z. T. eben so, wie nach römischem Rechte die Acceptilation, die ganze Korreal-Obligation zerstöre? Auch wenn wir annehmen müßten, daß nach heutigem Rechte der Nachlaßvertrag ipso jure wirke, so müßten wir dennoch diese zweite Frage aus den oben S. 96 dafür angeführten selbständigen Gründen verneinen.

Ich habe vorher behauptet, daß der Grundsatz des deutschen Rechts, wornach alle pacta klagbar sind, ohne Einfluß auf die Theorie der Nachlaßverträge bleiben müsse. Das versteht sich aber von selbst, daß dadurch die Sphäre des s. g. *mutuus dissensus* (T. 5. 6.) wesentlich erweitert worden ist. Da nämlich in Folge jenes Grundsatzes die bei weitem meisten Vertrags-Obligationen, einseitige so gut wie zweiseitige, h. z. T. solo consensu entstehen, so muß hier überall auch die Erlöschung contrario consensu Platz greifen, und dadurch wird allerdings die Obligation *ipso jure* aufgehoben. Es unterscheidet sich aber dieser contrarius consensus von dem pactum de non petendo wesentlich dadurch, daß derselbe gar keinen wahren Vertrag, also kein Versprechen, enthält, sondern eine unmittelbar auf das Nichtmehrdasein der Obligation gerichtete Willenseinigung ist. — Da übrigens diese Schuldaufhebung durch contrarius consensus h. z. T. in so sehr viel weiterem Umfange anwendbar ist, als im römischen Rechte, so bietet sie einen ziemlich genügenden Ersatz für die aus dem heutigen Rechtsleben verschwundene Acceptilation, denn die Lehre mancher Neueren (vgl. z. B. Fritz a. a. O., Sintenis, pr. Zivilr. II. §. 107. Anm. 2, Girtanner, Bürgsch. S. 480 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 267, Scheurl a. a. O. S. 24 fgg., Bähr, Anerkennung S. 164, Windscheid §. 357. Not. 9), daß es auch h. z. T. s. g. Erlaßverträge gebe, welche, verschieden von den pacta de non petendo und dem contrarius consensus, ganz die Stelle der römischen acceptilatio einnähmen, entbehrt m. E. einer jeden positiven Grundlage.

Anm. 2. Ueber stillschweigenden Nachlaßvertrag: durch Zurückgabe oder Vernichtung der Schuldurkunde? s. Bermehren in Gieß. Zeitschr. XI. S. 262 fgg., Buchner und Hoffmann im Arch. f. prakt. Rw. I. 3. S. 111 fgg. S. 141 fgg. — durch Aushändigung einer Quittung? Seuffert, prakt. Pand. 4. Ausg. §. 284. Not. 10a, §. 291. Not. 1b, §. 341. Not. 3a, Windscheid, Lehrb. §. 357. a. E. und die dort Angeff.

6) Concursus causarum lucrativarum. §. 622.

de Retes, opusc. lib. VII. cap. 6, lib. VIII. cap. ult. (in Meerm. thes. VI. p. 378 sqq. p. 409 sqq.), *Majans.*, Disput. jur. I. 7, Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 24 fgg., W. Sell, über die römischrechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch conc. duar. causar. lucrativar. Zürich 1839, Mommsen, Beiträge zum Obligat. Recht. Bd. I. S. 255 fgg., Bd. III. S. 413 fgg. vgl. mit Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschrift Bd. II. S. 130 fgg. und Lehrb. §. 360. — Koch II. S. 577, Unterholzner I. S. 564 fgg., *Molitor* III. p. 317 sqq. (Vgl. auch oben Bd. II. §. 545).

Viertes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen.

I. Obligationen aus Realkontrakten.

Inst. III. 14. quibus modis re contrahitur obligatio.

1) Darlehn und verwandte Obligations-Verhältniſſe.

A) Vom Darlehns-Vertrag. §. 623.

Dig. XII. 1. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione, Cod. IV. 1. de rebus creditis, IV. 2. si certum petatur. — Glück XI. S. 464 fgg., XII. S. 1 fgg., Unterholzner II. S. 10 fgg., Koch III. S. 259 fgg., *Molitor* II. p. 453 sqq., Heimbach, die Lehre vom Kreditum. Leipz. 1849. S. 131 fgg. (Ueber die ältere Literatur vgl. die Nachweiſungen bei Glück XI. S. 464. Not. 14).

1) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig.: Mutui datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur; unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

2) *African.* l. 34. pr. mandati (17, 1): Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, quum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam, alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, quum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui argentum accepisset. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo numi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

3) *Ulpian.* l. 27. h. t.: Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur. Vgl. Heimbach a. a. O. S. 254 fgg., Kleinschrod, über l. 27. de R. C. Heidelb. 1851, Witte, Bereicherungskl. S. 277 fgg.

Anm. 1. Zur Begründung einer wahren Darlehnsschuld (pecunia credita im engeren Sinne des Worts; über den weiteren Begriff vgl. Heimbach a. a. O. S. 48 fgg. bes. S. 57 fgg.) wird nach strenger Rechtsansicht erfordert, daß das Geld unmittelbar aus dem Eigenthum des Gläubigers heraus in das Eigenthum des Schuldners übergegangen sei, daß also die „numi, qui mei erant, tui fiant", T. 1. und 2, vgl. l. 3. §. 1. de O. et A. (44, 7) [dantis esse numos, et fieri accipientis"].

I. Von einer condictio ex mutuo kann also keine Rede sein, wenn der Empfänger der numi gar nicht Eigenthümer geworden ist, und darnach versteht es sich von selbst, daß nur derjenige ein wahres Mutuum begründen kann, welcher selbst Eigenthümer ist, l. 2. §. 4, l. 16. h. t., und auch Veräußerungs-Befugniß hat, §. 2. J. quib. alienare licet (2, 8), l. 9. pr. de auct. et cons. tut. (26, 8). Wird aber in solchen Fällen von dem Empfänger nachher Eigenthum erworben, etwa durch commixtio (cf. l. 78. de solut. 46, 3) oder durch Verjährung, oder wird doch wenigstens für den Empfänger nachher derselbe Vortheil verschafft, wie wenn er wahrer Eigenthümer geworden wäre, wie namentlich, wenn er das Empfangene bona fide verbraucht, oder bona fide so

weggegeben hat, daß er gegen jeden Regreß gesichert ist, so entsteht nun sehr natürlich nachträglich für den Geber eine condictio, die gewiß nichts anderes ist, als die condictio ex mutuo, obwohl man sie häufig für eine condictio sine causa (was, wenigstens theilweise, auch noch von Voigt, cond. ob causam S. 754 fg. Not. 704. vgl. mit S. 757. angenommen wird), oder für eine eigenthümliche condictio (eine s. g. condictio de bene depensis oder de bona fide consumtis; vgl. darüber die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei Heimbach a. a. O. S. 206 fgg.) erklären will, vgl. §. 2. J. quib. alienare licet (2, 8), Theoph. ad h. l., l. 11. §. 2, l. 12, l. 13. pr. §. 1, l. 19. pr. §. 1. h. t., l. 24. pr. §. 2. de O. et A. (44, 7), l. 56. §. 2. de fidejuss. (46, 1). Ist das Empfangene mala fide verbraucht, so ist eine actio ad exhibendum, und unter Umständen eine condictio furtiva begründet, legg. cit.

II. Eben so war aber auch nach früherer strenger Rechtsansicht zur Begründung der condictio ex mutuo erforderlich, daß der Gläubiger Eigenthümer der pecunia credita gewesen sein, und von ihm die Uebertragung an den Schuldner geschehen sein mußte. Doch verträgt es sich mit diesem Grundsatz begreiflich noch recht gut, daß ein Mutuum dann angenommen wird, wenn mein Geld in specie bei einem Andern, z. B. als Depositum, steht, und ich durch diesen Detentor es an den Darlehnsschuldner übertragen lasse, oder ich auch mit dem Depositar selbst übereinkomme, daß er das Geld als Darlehen haben solle; denn hier paßt augenscheinlich noch ganz der Begriff: numi, qui mei erant, tui facti sunt, vgl. auch l. 34. pr. mandati (T. 2), l. 9. §. ult. h. t. Aber die spätere Doktrin der römischen Juristen blieb bei diesem Begriff nicht stehen, sondern in manchen Fällen wurde über denselben hinaus singulärer Weise (vgl. l. 15. h. t.: „Singularia quaedam recepta sunt" etc., l. 34. pr. mandati: „id enim benigne receptum est") ein Mutuum angenommen, indem man, theilweise allerdings sehr frei, die Grundsätze über traditio brevi manu hier in Anwendung brachte, vgl. auch *Pellat*, textes choisis des Pandectes; 2. ed. Par. 1866. p. 85 suiv. Es wird nämlich auch eine pecunia credita angenommen:

1) wenn der Gläubiger seinem Schuldner — der also das Geld des Gläubigers nicht gerade in specie in Händen hat — den Auftrag giebt, die Zahlung an den künftigen Darlehnsschuldner zu machen. Dies erkennt auch schon Afrikan in T. 2. an, und eben so auch Ulpian in l. 15. h. t.:

> „Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos numos non acceperis".

Dabei versteht sich aber von selbst, daß der Empfänger auch wissen muß, von wem er eigentlich das Geld erhält, und wenn ich also z. B. meinen Schuldner beauftrage, das mir schuldige Geld an den Sejus als Darlehn auszuzahlen, und Sejus glaubt, nicht mein Schuldner, sondern der Schuldner des Titius mache die Zahlung, so ist kein Darlehns-Vertrag zwischen mir und Sejus begründet, obwohl ich begreiflich mit einer condictio sine causa (der oft s. g. *condictio Juventiana;* vgl. die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei Heimbach a. a. O. S. 221 fgg.) das an denselben ausgezahlte Geld zurückfordern darf, l. 32. h. t.:

Juventius Celsus. „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te exsistimem, non, quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest —, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est".

2) In konsequenter Fortbildung wurde dann eine pecunia credita auch in dem Falle angenommen, wenn durch Uebereinkunft mit dem Schuldner festgesetzt wird, daß dieser das geschuldete Geld als Darlehn haben solle. Dies leugnet zwar noch Afrikan auf das Bestimmteste in T. 2, aber eben so bestimmt wird es von Ulpian in l. 15. cit. zugestanden und begründet, denn dort heißt es in unmittelbarem Zusammenhang mit den vorher ausgezogenen Worten:

„Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta".

Daß diese letztre Ansicht als die des Justinianischen Rechts angenommen werden muß, hat schon den äußern Grund für sich, daß die l. 15. cit. in dem ex professo unsre Lehre behandelnden Titel steht; vgl. auch l. 3. §. 3. de SC. Maced. (14, 6). Ueber die mancherlei, eben so überflüssigen, als ungenügenden Vereinigungs-Versuche vgl. z. B. die Nachweisungen bei Glück XII. S. 14 fgg. Doch nehmen auch noch jetzt Manche die Beschränkung an, daß eine solche Umwandlung in ein Darlehn doch nur dann möglich sei, wenn sich auch wirklich Geld aus dem Vermögen des Gläubigers in den Händen des Schuldners befinde (wie z. B. wenn ein Mandatar Gelder für den Mandanten einkassirt habe), aber nicht auch dann, wenn eine Schuld in andrer Weise entstanden sei (z. B. durch Kreditirung eines Kaufpreises), vgl. z. B. Brinz, Lehrb. S. 390 fg., Keller, Pand. §. 295. und bes. Römer, bedingte Novat. S. 8 fgg.; aber ich kann weder in den Gesetzen (namentlich nicht in der dafür angef. l. 6. C. si cert. petat.), noch auch in der Natur der Sache einen entscheidenden Grund für diese angebliche Beschränkung finden; vgl. auch Salpius, Novat. S. 324 fgg., und bes. Salkowski, Novat. S. 54 fgg.

3) Ferner wird eine Darlehnsschuld angenommen, wenn ich Jemanden beliebige Sachen mit der Weisung übergebe, dieselben zu veräußern, und das empfangene Pretium als Darlehn zu behalten. Auch hier leugnete Afrikan, der alten strengen Rechtsansicht von pecunia credita folgend, die condictio ab (T. 2); aber auch hier erkennt Ulpian an, daß eine wahre Darlehnschuld begründet sei, l. 11. pr. h. t.:

„Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et numis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam";

vgl. auch l. 8. C. si cert. petat. (4, 2). Von selbst versteht sich übrigens, daß der Verkauf auch wirklich erfolgt sein muß, denn ohne dies steht dem Geber

keine condictio, sondern nur die actio praescriptis verbis zu, l. 19. pr. de praescript. verb. (19, 5).

4) Endlich soll sogar dann, wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehn giebt, dieser unmittelbar die condictio mutui anstellen dürfen, einerlei, ob der das Geld Auszahlende als Mandatar oder als negotiorum gestor des Dritten handelte, vgl. darüber oben S. 290. bei lit. c.

Anm. 2. Von einigen mit der Lehre vom Mutuum in Verbindung stehenden Punkten ist schon an andern Stellen die Rede gewesen; vgl. namentlich über die exceptio non numeratae pecuniae §. 167, und über das Darlehn der Hauskinder §. 245. — Ueber das *foenus nauticum:* Dig. XXII. 2, Cod. IV. 33. de nautico foenore, Glück XXI. S. 151 fgg. und die dort in Not. 60. Zitt., *de Cock*, de foenore nautico. Leod. 1829, *Malval*, des conventions aleatoires. Strasb. 1862. p. 22. suiv. Ueber die interessante, mit der Lehre von foen. naut. zusammenhängende l. 122. §. 1. de V. O. (45, 1) s. Glück XXI. S. 173 fgg. und die dort in Not. 19. zahlreich Angeff., Huschke, das Schiffsdarlehn des Callimachus, in der Gieß Zeitschr. N. F. X. S. 1 fgg., Goldschmidt, Untersuchungen zur l. 122. §. 1. de V. O. Heidelb. 1855. Ueber das s. g. *foenus quasi nauticum* und die zu den leges damnatae gezählte l. 5. de naut. foen. vgl. Glück S. 153 fgg. und die dort zahlreich Angeff., s. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. IV. p. 165 sq.

B) Von den übrigen condictiones datorum außer der condictio mutui.

Unterh. II. S. 6 fgg. S. 19 fgg., Koch III. S. 298 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 109, *Molitor* III. p. 27 sqq., Windscheid, Lehrb. II. §. 421 fgg. — Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseld. 1850, Erxleben, die condictiones sine causa Abth. I. Leipz. 1850, Abth. II. 1853, Witte, die Bereicherungsklagen des gem. Rechts. Halle 1859. S. 41 fgg., Voigt, über die condictiones ob causam. Leipz. 1862.

a) Einleitung. §. 624.

Sell, Versuche I. S. 76 fgg., Heimbach, Lehre von der Frucht S. 118 fgg., Savigny, Syst. III. S. 360 fgg. V. S. 521 fgg., Gneist, form. Vertr. S. 189 fgg., Windscheid, zur Lehre des Code Napoleon von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseld. 1847. S. 271 fgg., Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 34. 65, Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde S. 125 fgg., Maxen, über Beweislast S. 154 fgg.,

Jacobi in Ihering's Jahrbb. IV. S. 296 fgg., Witte, ebendaſ. V. S. 116 fgg., Kiſſelbach ebendaſ. VI. S. 1 fgg., E. Zimmermann, Beiträge zur Theorie der cond. indeb. Gießen 1868. S. 7 fgg.

1) *Pompon.* l. 52. de cond. indeb. (12, 6): Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Cf. l. 1. pr. de cond. ob turp. caus. (12, 5).

2) *Paul.* l. 65. pr. de cond. indeb.: In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est, dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum; in quibus omnibus quaeritur de repetitione — — §. 2. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ob eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. — — §. 4. Quod ob rem datur, ex aequo et bono habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

3) *Ulp.* l. 1. §. 3. de cond. sine causa (12, 7): Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.

b) Insbeſondere.

aa) Von der condictio indebiti. §. 625.

Dig. XII. 6, Cod. IV. 5. de condictione indebiti. — Glück XIII. S. 69 fgg., Unterh. II. S. 29 fgg., Koch III. S. 314 fgg., *Molitor* III. p. 27 sqq., K. Sell in ſeinen Jahrb. I. S. 116 fgg., C. Chriſtianſen, zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844, Renaud im ziv. Arch. XXIX. S. 147 fgg. S. 428 fgg., Erxleben, die condictiones sine causa, Abh. I. die condictio indebiti. Leipz. 1850, Voigt a. a. O. S. 634 fgg., E. Zimmermann, Beiträge zur Theorie der cond. indeb. Gieß. 1868. — Ueber die ältere Literatur ſ. die Nachweiſungen bei Glück und Koch a. a. O.

1) *Gai.* l. 5. §. 3. de O. et A. (44, 7): Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur; cf. Gai. III. 91, §. 1. J. quib. mod. re contr. (3, 14), §. 6. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27).

2) *Julian.* l. 33. h. t.: Si in area tua aedificassem, et aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; quum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere inciperet. Et ideo constat, si quis, quum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

3) *Ulp.* l. 26. §. 3. h. t.: Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.

4) *Tryphonin.* l. 64. h. t.: Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans, ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

5) *Julian.* l. 32. §. 3. h. t.: Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet, et ideo, si, quum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.

6) *Paul.* l. 65. §. ult. h. t.: Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.

Anm. 1. Die Voraussetzungen der condictio indebiti sind folgende:

I. Vor allen Dingen gehört zur Begründung der Klage Zahlung einer wirklichen Nichtschuld, sei es nun, daß überhaupt keine zu Recht bestehende obligatio vorhanden ist, oder doch wenigstens keine in Betreff des gerade geleisteten Gegenstandes, oder endlich keine zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger. Es ist aber:

1) überhaupt keine zu Recht bestehende Obligation vorhanden, nicht nur, wenn es an allen obligatorischen Thatsachen fehlt, sondern auch, wenn zwar dergleichen Thatsachen vorliegen, aber die dadurch bezweckte obligatio nichtig ist, l. 2. §. 1, l. 37. h. t., l. 16. de contr. emt. (18, 1), l. 7. de her. v. act. vend. (18, 4), wenn die Existenz der obligatio noch von einer Bedingung oder einer ungewissen Zeitbestimmung abhängig ist, l. 16. pr. §. 1, l. 18. 48, l. 60. §. 1. h. t., und endlich, wenn eine Tilgung der obligatio entweder ipso jure eingetreten ist, oder ihr doch eine solche exceptio perpetua entgegensteht, welche auch den naturalen Bestand der Obligation aufhebt, l. 26. §. 3. 7, l. 30, l. 32. §. 1, l. 40. pr. §. 2, l. 43. h. t. Dagegen ist kein indebitum vorhanden, und die condictio indebiti fällt also weg:

a) Wenn wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit begründet ist, T. 4. vgl. mit l. 13. 19. pr., l. 26. §. 12, l. 38. §. 1. 2, l. 59. h. t. Hierbei geht das römische Recht so weit, daß die Kondiktion selbst in solchen Fällen ausgeschlossen ist, in denen keinerlei Zwang zur Zahlung, auch nicht durch Einreden, statthaft ist, in denen aber doch die Rückforderung des Gezahlten ein Verstoß gegen Pietät und gegen gute Sitte, also eine Art von turpitudo enthalten würde, und daraus erklärt es sich, daß usurae indebitae nicht kondizirt werden dürfen (vgl Bd. I. §. 76. Anm. 2), daß die Kondiktion wegfällt, wenn eine Mutter für ihre Tochter aus Irrthum eine Dos konstituirt, l. 32. §. 2. h. t:

> *Julian.* „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest“,

oder ein Freigelassener irrthümlich operas officiales geleistet hat, l. 26. §. 12. h. t., und daß die Rückforderung auch dann versagt wird, wenn nahe Verwandte irrthümlich Alimente prästirt haben, vgl. l. 27. §. 1. de neg. gest. (3, 5), l. 5. §. 14. de agn. et al. lib. (25, 3), l. 11. 15. C. de neg. gest. (2, 19). In diesen Quellenaussprüchen Singularitäten finden zu wollen, läßt sich nach der ganzen Ausdrucksweise derselben nicht rechtfertigen, und wir sind daher gewiß befugt, hierin nur Anwendungen des allgemeinen Grundsatzes zu erblicken, daß auch allgemein anerkannte blos moralische Verpflichtungen zu einer Leistung wenigstens insofern rechtliche Anerkennung finden, daß dann, wenn geleistet worden ist, obwohl irrthümlich, keine Rückforderung statthaft ist; vgl. auch Erxleben S. 149 fgg., Schwanert, Natural-Oblig. S. 110 fgg. S. 188 fgg., *Machelard*, des oblig. natur. p. 281 suiv.

b) Aus dem vorher Gesagten folgt von selbst, daß auch dann die condictio nicht begründet ist, wenn der Forderung des Gläubigers nur eine solche exceptio perpetua entgegensteht, welche nicht die obligatio, sondern nur die

actio aufhebt, so daß also eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, wie z. B. im Falle einer exceptio SCti Macedoniani, l. 40. h. t., l. 14. de R. C. (11, 1), l. 9. §. 4. 5, l. 10. ad SC. Maced. (14, 6), und im Falle der exc.: quod quisque juris in alterum statuerit etc., l. 3. §. 7. quod quisque jur. (2, 2).

c) Wenn eine rechtlich begründete Schuld vorhanden ist, die aber in Folge eines beneficium juris insofern entkräftet werden kann, daß dem Schuldner eine retentio, aber nicht auch eine petitio zusteht, so findet begreiflich im Falle geschehener Zahlung keine condictio Statt, l. 51. h. t.:

Pompon. „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus“; vgl. auch l. 21. ad SC. Treb. (36, 1); vgl. übrigens auch Voigt a. a. O. S. 391 fgg. Hierher gehört namentlich der Fall der s. g. Kompetenz-Einrede, l. 9. h. t., cf. l. 5. §. 2. de liber. leg. (34, 3) und der exc. divisionis, l. 49. §. 1. fin. de fidej. (46, 1), §. 4. J. de fidejuss. (3, 20).

d) Wenn ein Schuldverhältniß unter einem dies certus abgeschlossen, und irrthümlich vor Eintritt des Termins gezahlt ist, so ist keine Rückforderung begründet, weil ja dadurch nur die solutio, und nicht die obligatio suspendirt, und also auch schon vor Eintritt des dies ein wahres Debitum begründet ist, l. 10. h. t.:

Paul. „In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit“.

Eine Rückforderung des Interusurium ist aber dadurch nicht ausgeschlossen, vgl. Erxleben S. 98 fgg.

e) Auch dann fällt natürlich die condictio hinweg, wenn zwar Anfangs keine Schuld vorhanden war, dieselbe aber nachher, etwa durch Urtheil oder Vergleich entstanden ist, l. 65. §. 1. h. t.:

Paul. „Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite discceditur, causa videtur esse“.

Und umgekehrt kann auch dann von Rückforderung keine Rede sein, wenn zur Zeit der Zahlung eine Schuld wirklich begründet war, und sich erst nachher die Umstände so geändert haben, daß die Forderung jetzt nicht mehr geltend gemacht werden könnte; ein Satz, der besonders in Betreff eingetriebener Strafen in den Quellen hervorgehoben wird, l. 42. h. t.:

Ulp. „Poenae non solent repeti, quum depensae sunt“;

l. 46. de R. J.:

Gaj. „Quod a quoque poenae nomine exactum est, id eidem restituere, nemo cogitur“.

Anwendungen davon kommen vor in l. 35. h. t., l. 3. §. 14. de tab. exh. (43, 5), l. 1. §. 2. de lege Jul. amb. (48, 14), vgl. Glück XIII. S. 105 fgg. und die dort Note 24. Angeff., und s. auch Francke im ziv. Arch. XXII. S. 357 fgg.

f) Endlich soll auch die condictio indebiti in allen Fällen ausgeschlossen sein, in denen lis contra inficiantem in duplum crescit, §. 7. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27), l. 4. C. h. t., vgl. Gai. II. 283, Ulp. XXIII. 33,

doch wohl deßhalb, weil hier in der Zahlung eine Art von Vergleich angenommen wird; man zahlt lieber sogleich einfach, um der möglichen Doppelzahlung zu entgehen. Als eine Anwendung jenes Satzes erscheint die Bestimmung, daß derjenige, welcher ex causa judicati gezahlt hat, nicht zurückfordern kann, wenn auch gar kein wirkliches Judikat vorhanden ist, l. 36. fam. herc. (10, 2):

Paul. „— — sed quamvis non sit judicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum“,

l. 74. §. 2. de judic. (5, 1), l. 1. C. h. t., l. 2. C. de comp. (4, 31). Vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 290 fg. S. 322 fgg. Wenn Witte a. a. O. S. 95 fgg. die l. 5. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1) als widersprechend anführt, und dann diesen angeblichen Widerspruch durch eine -- auch innerlich unhaltbare — Unterscheidung beseitigen will, so ist dies ganz unbegründet, indem in dieser Stelle gar nicht von einer res judicata, sondern — wie aus dem princ. mit Evidenz hervorgeht — nur davon die Rede ist, „si heres *testamento* quid vendere damnatus sit“. Nach einer andern Seite abweichend ist auch Windscheid, Lehrb. §. 426. Anm. 17.

2) Eine solutio indebiti ist auch dann vorhanden, und also die condictio indebiti begründet, wenn zwar der Zahlende schuldig war, aber in Betreff des Gegenstandes nicht so, wie er gezahlt hat, (in welchem Falle Voigt S. 304 fg. Not. 245. und S. 678 fgg., gewiß grundlos, eine bloße condictio *quasi* indebiti statuiren will). So findet also z. B. Rückforderung Statt, wenn er irrig etwas ganz Anderes zahlte, als er schuldete, l. 19. §. 3. h. t., wenn er glaubte, eine Spezies zu schulden, während er nur in genere schuldet (T. 5), wenn er simpliciter zu schulden glaubt, während er nur alternativ schuldig ist (T. 5), und wenn er kumulativ schuldig zu sein glaubt, während er nur alternativ schuldet, in welchem letztren Falle ihm auch bei der Rückforderung die Wahl zusteht (vgl. oben §. 569. Anm. 1. S. 17). Hierher gehört auch der Fall, wenn eine datio in solutum verabredet wird, und der Schuldner in der Meinung, mehr schuldig zu sein, als er wirklich schuldet, ein größeres Objekt substituirt; hat er hier Fungibilien gegeben, so findet die condictio auf eine entsprechende Quantität Statt; gab er aber eine Spezies, so kann er diese ganz zurückfordern, „nemo enim invitus compellitur ad communionem“, l. 26. §. 4. 5. h. t., vgl. oben §. 583. Anm. 1. S. 169. — Wenn vorher gesagt war, daß demjenigen die Rückforderung zustehe, welcher simpliciter schuldig zu sein glaubte, während er nur alternativ schuldete, so leidet dies doch eine Ausnahme bei Vermächtnissen, bei welchen der Onerirte ungeachtet solchen Irrthums das ausgezahlte Legat nicht kondiziren darf, l. 19. de leg. II. (vgl. auch Bd. II. S. 528. Nr. 2).

3) Endlich ist auch ein indebitum gezahlt worden, wenn an einen Andren, als den rechten Gläubiger, oder von einem Andren, als dem rechten Schuldner die Zahlung geschehen ist, T. 6, l. 19. §. 1. h. t., l. 31. pr. de her. pet. (5, 3), l. 8. C. h. t. (in welchen Fällen Voigt a. a. O., vgl. auch S. 656 fgg., auch wieder nur eine cond. *quasi* indebiti annehmen will). Doch muß in dem letzten Falle vorausgesetzt werden, daß der Zahlende sich selbst irrig für den rechten Schuldner hielt; denn zahlt er alieno nomine, indem er sich nur irrig

für verpflichtet hält, für einen Andren zu zahlen, so kann er vom Gläubiger das Bezahlte nicht zurückfordern, sondern muß seine Entschädigung bei dem suchen, welcher durch seine Zahlung liberirt worden ist. Da nämlich in einem solchen Falle der wirkliche Debitor in der That liberirt wird, indem ja gerade für ihn die Zahlung geschieht, so hat der Gläubiger augenscheinlich kein Indebitum empfangen, und kann also auch nicht zur Rückgabe angehalten werden, vgl. auch l. 9. §. 1. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4), l. 26. §. 12. de cond. indeb. (12, 6), l. 4. §. 20, l. 5. § 5. de doli mali exc. (44, 4), l. 12. 13. de novat. (46, 2). Auf einen solchen Fall ist wohl ohne Zweifel l. 44. h. t. zu beziehen:

Paul. „Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est",

vgl. Glück XIII. S. 86 fgg. und die dort Not. 84 Angeff., vgl. auch *Schult. et Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 109 sqq., und die l. 5. C. de her. pet. (3, 31) muß von dem Falle verstanden werden, wenn der Erbschaftsbesitzer während des Erbschaftsstreits einen Gläubiger befriedigt, vgl. darüber oben Bd II. §. 508. Anm. S. 355. Aus dem hier entwickelten Grundsatze, daß, wer eine fremde Schuld bezahlt, in der Regel nicht kondiziren kann, erklärt sich auch leicht der bekannte, in seinen Motiven aber regelmäßig mißverstandene Ausspruch von Ulpian in l. 11. h. t.:

„Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest",

wobei nur zu subintelligiren ist, daß der Vater auch in der That *filii* nomine Zahlung geleistet hat, denn hat er dies *suo* nomine gethan, so muß ihm unzweifelhaft die condictio des Mehrgezahlten zugestanden werden, arg. l. 1. §. 8, l. 2. de pec. const. (13, 5), l. 5. §. 2. de liber. leg. (34, 3), Errleben S. 111 fgg.; abweichend Voigt S. 654 fg. Not. 581. Uebrigens wird bei dem ganzen hier besprochenen Grundsatz nothwendig vorausgesetzt, daß der Empfänger auch wirklicher Gläubiger des Dritten ist; denn ist dies nicht der Fall, so wird allerdings dem Zahlenden unmittelbar gegen den Empfänger, freilich gegen die strenge Konsequenz, eine condictio eingeräumt, vgl. l. 2. §. 4. de donat. (39, 5), l. 7. §. 1. de doli mali exc. (44, 4), und dasselbe soll auch dann Platz greifen, wenn die Zahlung nur zu dem Zweck geschah, um eine Schenkung des Dritten an den Empfänger zu effektuiren, l. 2. §. 3. de donat., l. 7. pr. de doli mali exc. (s. auch oben §. 619. Anm. 3. S. 378. Nr. 3. a. E.). Vgl. überhaupt Errleben §. 9. 10. S. 152 fgg., Witte S. 75 fgg., Voigt S. 661 fgg. vgl. mit S. 359 fgg. — Sind zwei Korrealschuldner vorhanden, und die Zahlung geschieht von Beiden, so versteht es sich, daß der zuletzt Zahlende kondiziren kann, und zahlen Beide gleichzeitig, so fordern sie pro rata zurück, l. 19. §. 4, l. 20, l. 25. h. t. Hätten aber im letztren Falle Beide verschiedene Objekte geleistet, so fällt diese Rückforderung pro rata natürlich hinweg, sondern der Gläubiger bestimmt, welchem von Beiden er zurückgeben will, vgl. oben S. 17.

II. Die zweite wesentliche Voraussetzung ist, daß die Nichtschuld irrthümlich gezahlt ist, l. 1. §. 1. h. t.:

Ulp. „Et quidem, si indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio“,

l. 53. de R. J.:

Paul. „Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulti datio donatio est“,

vgl. l. 24, l. 26. §. 8, l. 50. 54. 62. h. t., l. 1, l. 9. pr. C. h. t. Ist der Zahlende ungewiß darüber, ob er etwas schuldet oder nicht, so soll dies nach Justinian's Entscheidung der ignorantia gleichgeachtet, und die Rückforderung gestattet sein, es müßte denn der Empfänger beweisen können, daß animo transigendi die Zahlung erfolgt sei, l 11. (ult.) C. h. t. — Sehr bestritten ist von jeher die Frage, ob blos wegen faktischen, oder ob auch wegen Rechts-Irrthums die condictio indebiti zulässig sei? vgl. darüber Glück XIII. S. 135 fgg. und die dort zahlreich Angeff., XXII. S. 336 fgg., Herrmann in Löhr's Magaz. IV. S. 41 fgg., Mühlenbruch im ziv. Arch. II. S. 419 fgg., Savigny, Syst. III. S. 447 fgg., Kritz, Rechtsf. I. S. 244 fgg. IV. S. 373 fgg., Clauſſen in der Holstein. juriſt. Zeitschr. Jahrg. 1844. Heft I. S. 164 fgg., Christiansen a. a. O. S. 69 fgg., Renaud a. a. O., Herrmann in der Gießer Zeitschr. N. F. III. S. 87 fgg., Holzschuher III. §. 266. zu 6. (3. Aufl. S. 550 fgg.). Während im Falle eines Rechtsirrthums Viele annehmen, daß die condictio schlechthin ausgeschlossen sei, vgl. z. B. Glück a. a. O. und die dort in Not. 82. Angeff., Seuffert, Erörtr. I. S. 74 fgg., Lehrb. §. 436, Schweppe §. 615, Göschen §. 637. u. A. m., lassen Andre umgekehrt dieselbe unbedenklich zu, vgl. die bei Glück in Not. 83. Angeff., und unter den Neueren Mühlenbruch, Kritz, Clauſſen, Christiansen, Renaud, Herrmann, Zimmermann a. d. aa. OO., *Molitor* III. p. 35 sqq. u. A. m., und wieder Andre endlich unterscheiden zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Rechtsirrthum, vgl. Savigny und Errleben a. d. aa. OO., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 41 fgg., Puchta §. 309, Sintenis a. a. O. Anm. 54, Arndts §. 341, Bähr a. a. O., Witte a. a. O., Windscheid, Lehrb. §. 426. Anm. 14. u. A. m. Ich halte diese letztre Ansicht entschieden für die richtige, indem nur sie mit den allgemeinen Prinzipien über Irrthum (vgl. Bd. I. §. 83.) in Einklang steht, und die speziellen gesetzlichen Aussprüche damit in ungezwungener Weise vereinigt werden können. Was hier zunächst die allgemeinen Prinzipien anbelangt, so ist es einleuchtend, daß die zweite der vorher angeführten Meinungen (Zulassung der condictio wegen eines jeden Irrthums, ohne alle Rücksicht auf Entschuldbarkeit desselben) nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden könnte, wenn der Irrthum bei Zahlung einer Nichtschuld so beschaffen wäre, daß dadurch der Wille gänzlich ausgeschlossen würde, wenn also der Irrthum hierbei als ein s. g. unechter aufgefaßt werden dürfte. Daß dieses aber augenscheinlich unzulässig ist, bedarf für den Unbefangenen keiner besondern Ausführung, und es ist mir in der That fast unbegreiflich, daß dennoch nicht wenige Neuere diese Ansicht vertheidigen, vgl. bes. Christiansen, Clauſſen, Renaud und Herrmann a. d. aa. OO. und Einige daraus sogar die weitere, mit dem Wesen der condictio schlechthin unverträgliche Folgerung gezogen haben, daß die irrthümliche

Zahlung einer Nichtschuld gar keinen Eigenthums-Uebergang herbeiführe, und demnach vindicatio und condictio elektiv konkurrirten, vgl. Renaud und Herrmann citt., s. dagegen besonders Errleben a. a. O. S. 42 fgg. — Auf der andern Seite steht aber auch die erste oben angeführte Meinung, wornach die condictio durch jeden, auch den entschuldbaren Rechtsirrthum ausgeschlossen sein soll, mit den allgemeinen Grundsätzen über Irrthum in offenem Widerspruch, denn daß der, welcher ein indebitum zurückfordert, nicht de lucro captando streitet, sondern daß hier gerade ein Hauptfall des damnum vorliegt, versteht sich in Gemäßheit der oben Bd I. S. 122 fgg. angedeuteten Begriffs-Entwicklungen von damnum und lucrum ganz von selbst. — Mit dem aus den allgemeinen Prinzipien über Irrthum gefolgerten Resultate — daß bei der condictio indebiti nur entschuldbarer, aber auch jeder entschuldbare Irrthum, einerlei ob error facti oder error juris, berücksichtigt wird, stehen nun auch die speziellen gesetzlichen Aussprüche über diese Frage so wenig in Widerspruch, daß sie vielmehr dasselbe sehr bestimmt unterstützen.

1) Wenn in der weit überwiegenden Mehrzahl der Stellen gar nicht von einer besondren Beschaffenheit des Irrthums, welcher bei der condictio indebiti vorausgesetzt wird, die Rede ist, sondern nur Irrthum im Allgemeinen erwähnt wird: so läßt sich hieraus gewiß nicht folgern, daß die Qualität des Irrthums bei der cond. indeb. ganz irrelevant sei. In jedem einzelnen Anwendungsfall die Entschuldbarkeit des Irrthums besonders hervorzuheben, war um so weniger Veranlassung da, je mehr sich dieses Requisit nach allgemeinen Prinzipien von selbst verstand, und m. E. wären wir bei dieser Sachlage vollkommen berechtigt, das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums anzunehmen, wenn auch keine einzige Stelle dasselbe besonders hervorhöbe.

2) In der That fehlt es aber nicht an Gesetzen, in denen die Entschuldbarkeit des Irrthums als wesentlich vorausgesetzt wird, und zwar gehören hierher außer l. 25. pr. de probat. (22, 3), wo Paulus sehr bestimmt eine *justa causa* ignorantiae verlangt, mehrere Stellen, in welchen die condictio indebiti im Falle eines Rechtsirrthums versagt wird, vgl. bes. l. 10. C. de jur. et facti ignor. (1, 18):

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est“;

und s. auch l. 9. §. 5. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 6. C. eod., l. 6 7. C. h. t., l. 9. C. ad leg. Falcid. (6, 50). Wir haben früher (Bd. I. S. 120 fgg.) gesehen, daß die Unterscheidung zwischen error facti und error juris in unmittelbarem Zusammenhang mit Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums steht, und daß namentlich da, wo es auf Entschuldbarkeit nicht ankommt, auch die Unterscheidung zwischen faktischem und Rechts-Irrthum völlig indifferent ist. Da nun aber bei der cond. indebiti ein so großes Gewicht auf diesen Unterschied gelegt wird, so geht daraus unmittelbar hervor, daß hierbei nur entschuldbarer Irrthum Berücksichtigung findet.

3) Freilich sind aber auch die vorher angeführten Stellen, und namentlich die l. 10. C. cit., geeignet, von einer andren Seite her Schwierigkeit zu erregen,

indem man daraus nicht ohne Schein gefolgert hat, daß die cond. indebiti durch jeden Rechtsirrthum, selbst wenn er entschuldbar sein sollte, ausgeschlossen werde. Doch aber lassen sich diese gesetzlichen Aussprüche sehr einfach mit unsrer Ansicht vereinigen, wenn man nur bedenkt, wie so selten der Rechtsirrthum entschuldbar ist (Bd. I. S. 121). Als Regel ist daher auch der hier ausgesprochene Grundsatz, daß Rechtsirrthum die condictio ausschließe, vollkommen wahr, und beachtet man nur, daß die Römer nicht, wie man es h. z. T. liebt, ihre Regeln so zu fassen pflegten, daß zugleich die Ausnahmen in denselben enthalten waren, sondern daß sie dieselben auf das Gewöhnliche, Allgemeine stellten, nachher aber doch Ausnahmen zuließen, vgl. Thibaut, zivil. Abhh. S. 184 fgg., so verschwinden alle Schwierigkeiten. Wie gewöhnlich der Rechtsirrthum als unentschuldbar vorausgesetzt, und aus diesem Grunde nicht berücksichtigt wird, geht auch namentlich aus l. 9. §. 5. cit. hervor, wo der im Rechte Irrende als *stultus* andren Irrenden entgegengesetzt wird.

4) Daß wirklich auch im Falle eines Rechtsirrthums die condictio indebiti möglicher Weise gebraucht werden kann, geht nicht nur aus l. 1. pr. ut in possess. legat. (36, 4) hervor, worin dies ganz ausdrücklich gesagt ist:

> *Ulp.* „Si quis, quum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem, si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, *numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse*“,

sondern auch aus einer Reihe andrer Stellen, in denen die condictio indebiti zugelassen wird, obwohl sich dieselben kaum anders, als von Fällen des Rechtsirrthums erklären lassen, vgl. l. 32. §. 2, l. 38, l. 64. h. t., l. 16. §. 2. de minorib. (4, 4), l. 16. §. 4. de publican. (39, 4), l. 17. §. 10. ad municip. (50, 1), l. 5. 10. C. h. t. (4, 5). Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß aus diesen und ähnlichen Stellen nichts weiter gefolgert werden kann, als daß auch wegen Rechtsirrthums die cond. indebiti möglich ist, während die anderweite Folgerung, die Viele daraus ziehen, daß es bei der cond. ind. auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums gar nicht ankomme, gewiß nicht gerechtfertigt werden kann, eben weil es ja auch einen entschuldbaren Rechtsirrthum gibt.

III. Endlich ist noch als drittes Erforderniß der condictio indebiti anzusehen, daß der Empfänger in bona fide ist, also gleichfalls von dem Indebitum nichts weiß, denn im umgekehrten Falle macht er sich durch die Annahme eines *furtum* schuldig, l. 18. de cond. furt. (13, 1):

> *Scaevola.* „Quoniam furtum sit, quum quis indebitos numos sciens acceperit, videndum, si procurator suos numos solvat, an ipsi furtum fiat? Et Pompon. libr. VIII. Epist. ipsum condicere ait ex causa furtiva; sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit; sed altera condictione altera tollitur“,

. 43. pr. de furt. (47, 2):

Ulp. „Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec numi ejus fient“;

und es ist demnach nicht sowohl die condictio indebiti, als vielmehr die condictio furtiva begründet. Doch ist die Frage nicht unbestritten, ob denn wirklich der wissentliche Empfänger eines Indebitum als Dieb angesehen werden könne? Schon manche ältere Juristen glaubten dies nur in dem Falle annehmen zu dürfen, wenn der Zahlende durch besondre Vorspiegelungen des Empfängers zur Zahlung induzirt worden sei, vgl. z. B. *Schulting*, thes. controv. dec. XLIV. th. 5, oder doch nur dann, wenn der angebliche Gläubiger die Schuld gefordert habe, vgl. z. B. Höpfner, Komm. §. 953. Not. 2; aber diese Meinungen sind so haltlos, daß eine besondere Widerlegung unnöthig erscheint. Dagegen suchte in unsren Tagen Francke, Beiträge Nr. 4, eine andre Einschränkung zu begründen, indem er nur denjenigen Empfänger eines Indebitum für einen Dieb halten will, welcher wohl wissend, daß nicht er, sondern ein Andrer, der wahre Gläubiger sei, die, diesem Andren bestimmte, Zahlung annehme. Er stützt sich dabei theils auf l. 43. §. 1. und l. 80. §. 6. de furt. (47, 2), theils auf die Behauptung, daß, wenn der Debitor wirklich dem Empfänger die Zahlung bestimmt habe, allgemeinen Grundsätzen nach wirklich das Eigenthum auf diesen Letzteren übergehen müsse, und derselbe folglich kein Dieb sein könne, denn „Eigenthum gehe jedesmal über, sobald der Eigenthümer es in dieser Absicht dem tradire, der es durch die Annahme erwerben wolle, und zwar selbst dann, wenn er dolo zu dieser Veräußerung induzirt sein sollte“; vgl. auch Zickermann, Ist jeder wissentl. Empfang eines indeb. als furtum zu behandeln? Rost. 1849, Strempel, über die justa causa bei der Tradition. Wism. 1856. S. 31 fgg. Ich kann den Ausführungen von Francke in keinem Punkte beistimmen. Was nämlich die von ihm hierher gezogene Regel über den Eigenthums-Erwerb durch Tradition anbelangt, so ist dieselbe im Allgemeinen gewiß richtig, aber es muß ihr die wichtige, freilich oft übersehene, Modifikation zugefügt werden, daß nämlich, ungeachtet des Zusammentreffens von animus dominii transferendi und acquirendi, doch dann kein Eigenthum übergeht, wenn der Empfänger die Nichtigkeit der *causa*, aus welcher die Tradition erfolgte, gekannt hat, vgl. oben §. 605. Anm. 1. bei Nr. 3. S. 276. Dies greift auch ganz bei unserer Frage ein. Der putative Schuldner hat allerdings ex causa solvendi die Absicht, Eigenthum zu übertragen; kennt aber der Empfänger die Nichtschuld, so ist für ihn diese causa offenbar nicht vorhanden, und er kann also nicht *pro soluto* die Sache erwerben, sondern nur, wie ein praedo oder fur, sine omni causa, d. h. er kann nicht Eigenthümer werden. Gerade dies wird denn auch in den oben ausgezogenen Stellen von Scävola und Ulpian ausgesprochen, und volle Bestätigung findet es in den Stellen, in denen gesagt ist, daß derjenige, welcher wissentlich ein Indebitum annehme, nicht usukapiren könne, vgl. bes. l. 3. pro suo (41, 10):

Pompon. „Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; *si sciissem, mihi nihil debere, usu eum non capiam*, quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum,

ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam; et ita Neratius scripsit, idque verum puto";

und ſ. auch l. 48. de usurp. et usuc. [l. 3. pro soluto]:

Paul. „Si existimans debere, tibi tradam, *ita demum usucapio sequitur, si et tu putes, debitum esse*",

l. 2. pro emt. (41, 4) [„tibi *ignoranti* tradam"]. Alſo nur die traditio ex causa, *quam veram esse existimo*, berechtigt mich dazu, ut pro meo possideam; nur eine ſolche Tradition kann, wenn ſie von einem Nichteigenthümer ausgeht, mich in conditionem usucapiendi verſetzen, und nur ſie kann alſo auch, wenn ſie vom Eigenthümer geſchieht, mir Eigenthum geben. Hiergegen kann auch nicht der Satz angeführt werden, auf welchen Francke Gewicht zu legen ſcheint, daß nämlich ſelbſt dann Eigenthum übergehe, wenn der Trabent durch den Dolus des Empfängers zur Veräußerung beſtimmt worden ſei. Dies iſt völlig konſequent, weil durch den Dolus die Rechtsbeſtändigkeit der causa traditionis (die veritas causae) gar nicht affizirt wird (vgl. oben S. 275 fgg.), und wenn ich alſo den Titius betrüglich zum Verkauf einer Sache beſtimme, ſo iſt eine vollkommen giltige emtio venditio vorhanden, und er trabirt und ich erwerbe trotz meines Dolus pro emtore. — Auch die von Francke angeführten ſpeziellen Geſetze beweiſen nichts für ihn. Er beruft ſich zunächſt auf l. 80. §. 6. de furt. (47, 2):

Papinian. „Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, assumto, debitorem alienum circumvenerit. Quod aeque probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam, ut heredi Sempronii creditoris, asseveravit, quum esset alius".

Ich muß aber die Auslegung von Francke, wornach Papinian ſagen ſoll, daß ein falsus procurator nur dann ein furtum begehe, wenn er ſich böslich für den rechten Prokurator ausgegeben habe, für gänzlich unſtatthaft halten, da unbezweifelt, wie Francke ſelbſt nicht leugnen kann, ein falsus procurator ſich auch noch in mancherlei andrer Weiſe eines furtum ſchuldig machen kann, vgl. z. B. l. 43. §. 1. de furt. (ſ. nachher), l. 18, l. 38. §. 1. de solut (46, 3). Der Gedanke Papinian's iſt wohl nur der: ein falsus procurator begeht nicht immer ein furtum, wenn er als ſolcher fremdes Geld einnimmt, ſondern nur dann, wenn er den zahlenden Schuldner auch wirklich um daſſelbe bringen will („si debitorem alienum circumvenerit"), wie unter Andren auch *(„quoque")*, wenn er argliſtig ſich den Namen des rechten Prokurator zulegt. — Eben ſo wenig kann ſich Francke auf l. 43. §. 1. de furt. (47, 2) berufen:

Ulp. „Falsus procurator furtum quidem facere videtur; sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut si hac mente ei dederit numos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit, nam et manent numi debitoris, quum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando, sine dubio furtum facit; quodsi ita det debitor, ut numi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait, voluntate domini eos accipiendo".

Zwar glaubt Francke, dieſe Stelle zeige auf das Deutlichſte, „daß ein furtum allerdings begehe, wer fremde Gelder wiſſentlich widerrechtlich zu Eigenthum annehme, daß aber dieſes furtum immer vorausſetze, daß nicht auch der Schuldner dem Empfänger ſelbſt das Eigenthum übertragen wollte“. M. E. hat aber die Entſcheidung in den Endworten einen ganz andern Grund, als den von Francke hervorgehobenen. Offenbar iſt nämlich, wenn man einem vermeintlichen Prokurator des Gläubigers die Zahlung in der Weiſe macht, daß der Empfänger ſelbſt Eigenthümer werden ſoll, gar keine *indebiti solutio*, überhaupt gar keine *datio ex causa* vorhanden, ſondern vielmehr eine datio *ob rem;* man giebt das Eigenthum hin in der Erwartung, daß der Empfänger es an unſren Gläubiger übertragen, oder der Gläubiger unſre Hingabe ratihabiren werde; vgl. beſ. l. 14. de cond. causa data c. n. s. (12, 4):

> ***Paul.*** „— — — Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; *non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit ratihabitione non intercedente,* vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator“.

Bei einer datio *ob rem* hindert aber die mala fides des Empfängers niemals den Eigenthums-Uebergang, und aus dieſem Grunde wird der falsus procurator, der Intention des Zahlenden gemäß, Eigenthümer, wenn er auch von vorne herein beabſichtigte, das Empfangene niemals an den Gläubiger zu übertragen; eben weil er aber Eigenthümer wird, kann er an dieſem ſeinem Gelde keinen Diebſtahl begehen, und nur mit der condictio causa data causa non secuta kann er zur Reſtitution des Empfangenen angehalten werden, l. 14. cit. (Demgemäß darf gewiß auch in l. 8. C. h. t. der Ausdruck: indebiti *repetitio* nicht als identiſch mit indebiti *condictio* angeſehen werden, indem das Rechtsmittel zum Zweck jener indebiti repetitio vielmehr die cond. causa data c. n. s. iſt). Hiernach leuchtet von ſelbſt ein, daß aus der l. 43. §. 1. cit. kein Schluß auf die Fälle gemacht werden darf, wenn ein indebitum an einen falsus *creditor* gezahlt wird; hier iſt eine datio *ex causa* vorhanden, und wenn hier der Empfänger weiß, daß die causa traditionis nichtig oder nicht vorhanden iſt, ſo geht niemals Eigenthum über, und der Annahme eines furtum ſteht nichts im Wege. Kommt nun noch hinzu, daß die oben angeführten ganz allgemein gehaltenen Ausſprüche von Scävola und Ulpian nur in der allergezwungenſten Weiſe, oder, die Wahrheit zu ſagen, gar nicht mit der von Francke vertheidigten Beſchränkung vereinigt werden können: ſo muß man gewiß bei der herrſchenden Lehre ſtehen bleiben, wornach in der wiſſentlichen Annahme eines Indebitum ſtets ein furtum enthalten iſt. Vgl. auch ſtatt Aller unter den älteren Juriſten beſ. *Altamiran.*, ad libr. IV. Quaest. Scaevolae ad l. 18. de cond. furt., in Meerm. thes. tom. II. p. 419 sqq., und unter den Neueren etwa Glück XIII. S. 74 fgg., *C. Sell*, de condict. quaest. duae. Darmst. 1834. p. 4 sqq. not. e. und beſ. p. 98 sqq., Unterholzner II. S. 38 fgg., Voigt S. 142. S. 764 fg., Windſcheid, Lehrb. §. 426. Not. 16, Exner, Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867. S. 333 fgg. — Auch unter den Vertheidigern der richtigen Anſicht iſt jedoch noch Streit darüber, ob im Falle wiſſentlicher Annahme

eines Indebitum nothwendig die condictio furtiva gebraucht werden müſſe, oder ob doch auch elektiv die condictio indebiti zuſtehe? Obwohl der Theorie nach gewiß das Erſtere angenommen werden muß, hauptſächlich darum, weil, wenn der Acceptant ein fürtum begeht, das Eigenthum noch bei dem Zahlenden zurückbleibt, der Eigenthümer aber keine andre condictio, als nur die furtiva gebrauchen kann, §. 14. 15. J. de act. (4, 6), vgl. auch *Sell* cit. p. 1 sqq.: ſo iſt doch praktiſch die ganze Streitfrage augenſcheinlich ohne alle Bedeutung, weil der Kläger, wenn er wirklich die cond. indebiti und nicht die furtiva anſtellen will, dies ganz einfach dadurch bewerkſtelligen kann, daß er die mala fides des Empfängers ignorirt. In einigen Fällen muß aber ſelbſt der Theorie nach eine [alternative] Konkurrenz der cond. furtiva und indebiti zugeſtanden werden. Wenn nämlich Jemand im Namen eines Andren ein indebitum zahlte, und der Andre ratihabirt dies, ſo iſt die condictio furtiva für den wirklich Zahlenden, die condictio indebiti aber für den Ratihabenten begründet, „sed altera condictione altera tollitur“, l. 18. de cond. furt. (13, 1), l. 80. §. ult. de furt. (47, 2). Und wenn Jemand wiſſentlich im Namen eines Andren ein indebitum angenommen, und der Andre dies ratihabirt hat, ſo hat der, welcher das Indebitum gab, die Wahl, ob er gegen den wirklichen Empfänger die condictio furtiva, oder gegen den Ratihabenten die condictio indebiti gebrauchen will, l. 80. §. 5. de furt. (47, 2). Vgl. auch *Altamiran.* cit. nr. 11 sqq. (p. 422), *Krug*, selecta de cond. furt. capita p. 73 sqq., *Sell* cit. p. 57 sqq., Unterh. II. S. 39 fgg.

Anm. 2. Sehr in's Einzelne gehende, aber zum Theil recht wunderliche Beſtimmungen über den Beweis bei der cond. indebiti kommen in der viel beſprochenen l. 25. de probat. (22, 3) vor, einer Stelle, die wohl ſchwerlich ſo, wie ſie jetzt in den Pandekten ſteht, aus der Feder des Paulus gefloſſen iſt; vgl. darüber Glück XIII. S. 112 fgg., XXI. S. 372 fgg. und die an der erſtren Stelle in Note 41. Angeff., Röder, Abh. Nr. 2, Benfey in der Gießer Zeitſchr. XIV. 7, Kritz, Rechtsfälle Bd. III. S. 1 fgg., Hellfeld, zivilrechtl. Entſcheid. S. 8 fgg., Gneiſt, form. Vertr. S. 198 fgg., Windſcheid, Vorausſetzung S. 193 fgg., Römer, die Beweislaſt hinſichtlich des Irrthums. Stuttg. 1852. S. 56 fgg., Bähr, die Anerkennung §. 22 fgg., Witte S. 161 fgg.; ſ. auch Gett, Erörtr. S. 220 fgg., Sintenis a. a. O. Anm. 57, Holzſchuher III. §. 266. zu 11.

Die natürliche, und mit allgemeinen Grundſätzen vollkommen übereinſtimmende Regel iſt die, daß der, welcher die condictio indebiti anſtellt, ſowohl die Zahlung eines Indebitum, als auch den dieſe Zahlung veranlaſſenden Irrthum nachweiſen muß, l. 25. pr. cit. g. E.:

> „— — et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationem, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum*, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere“.

Von dieſer Regel werden aber mehrfache Ausnahmen zugelaſſen:

1) Wenn der Verklagte die an ihn geſchehene Zahlung leugnet, der Kläger aber dieſelbe beweiſt, ſo muß der Erſtere beweiſen, daß ein Debitum bezahlt

worden sei, l. 25. pr. cit. Dies auf unsre heutigen Prozeß-Grundsätze angewandt, wornach in Folge der Eventual-Maxime die Beweise nicht successiv, sondern auf einmal geführt werden müssen, versteht sich von selbst, daß, wenn der Verklagte bei der Vernehmlassung sowohl die Zahlung, als das Indebitum in Abrede gestellt hat, das Beweis-Interlokut von vorne herein so gefaßt werden muß, daß dem Kläger immer nur der Beweis der Zahlung, dem Verklagten aber sogleich der Beweis aufgelegt wird, daß entweder eine wahre Schuld, oder daß wissentlich eine Nichtschuld an ihn entrichtet sei. Zwar könnte man dagegen einwenden, daß nach l. 25. cit. die Beweislast erst dann auf den Verklagten gewälzt werden dürfe, wenn der Kläger bereits wirklich den Beweis der Zahlung erbracht habe: aber es leuchtet ein, daß durch die vorher angenommene Fassung des Interlokuts der Verklagte in Wahrheit niemals gravirt wird, denn entweder führt der Kläger den ihm aufgelegten Beweis der Zahlung nicht, und dann wird der Verklagte immer von der Klage entbunden, mag er den ihm zugetheilten Beweis geführt haben oder nicht: oder der Kläger beweist die Zahlung vollständig, und dann ist ja gerade die gesetzliche Voraussetzung begründet, unter welcher die Beweislast auf den Verklagten übergehen soll; vgl. auch Benfey a. a. O. S. 205 fgg. Da übrigens dieser Uebergang der Beweislast nur eine Strafe chikanösen Leugnens sein soll, so kann gewiß davon nur dann die Rede sein, wenn der Verklagte selbst die Zahlung empfangen haben soll, und wenn also z. B. der Erbe die angeblich an den Erblasser geschehene solutio indebiti in Abrede stellt, so muß der Kläger außer der Zahlung auch noch das Indebitum und den Irrthum beweisen.

2) Eine zweite Ausnahme soll dann eintreten, „si is, qui indebitum queritur, vel *pupillus*, vel *minor* sit, vel *mulier*, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed *miles*, vel *agricultor* et *forensium rerum expers*, vel alias *simplicitate gaudens* et *desidiae deditus*“, denn da man bei allen solchen Personen es nicht unwahrscheinlich finden kann, daß sie unbedachtsam ein Indebitum weggeben, so soll hier der Empfänger beweisen, daß ihm eine rechte Schuld bezahlt worden sei (!!) l. 25. §. 1. cit. Doch auch in diesen Ausnahmsfällen soll dann die Regel zurückkehren, und also selbst eine so privilegirte Person den Beweis des Indebitum übernehmen müssen, wenn der Kläger behauptet, nur ein Theil des Gezahlten sei ein indebitum, oder wenn er anführt, daß anfänglich allerdings zwar ein Debitum da gewesen, dieses aber ipso jure oder ope exceptionis erloschen sei, l. 25. §. 2. cit.

3) Wenn es sich nicht um eine *solutio*, sondern um eine *promissio* indebiti handelt, also um eine Stipulations-Urkunde, um eine „cautio indebite exposita“, so ist zwischen einer cautio discreta und indiscreta zu unterscheiden. Im erstren Falle — wenn also die causa debendi in der Urkunde angegeben ist — hat der Kläger durch Urkunden zu beweisen, daß er indebite versprochen habe; im andren Falle aber — wenn also keine causa debendi in der Urkunde vorkommt — hat umgekehrt der Verklagte zu beweisen, daß wirklich eine Schuld dem schriftlichen Versprechen zu Grunde liegt, und hierbei kommt denn auch keine Beschränkung in Betreff der Beweismittel vor, l. 25. §. 4. cit., l. 13. C. de non num. pec. (4, 30), c. 14. X. de fide

instrum. (2, 22), vgl. oben §. 600. Anm. S. 244 fgg. und die dort zahlreich Zitt., u. s. auch §. 612a. Anm. Nr. 3. S. 334 fgg. Natürlich wird aber bei der letztren Entscheidung vorausgesetzt, daß auch eben nur die cautio zurückverlangt wird, und nicht etwa auf den Grund einer solchen Urkunde wirklich schon gezahlt ist; denn ist dies der Fall, so hat ohne Zweifel der Kläger den Beweis des angeblich indebite Gezahlten eben so zu führen, wie wenn gar keine cautio vorhanden gewesen wäre.

Ich habe den Inhalt der l. 25. cit. hier so angegeben, wie er sich bei unbefangener Betrachtung des Gesetzes von selbst ergiebt, obwohl nicht verkannt werden kann, daß namentlich die vorher bei Nr. 2. angeführte Bestimmung im höchsten Grade auffällig, und mit den sonst geltenden Grundsätzen über Beweislast nicht wohl vereinbar erscheint. In dem achtungswerthen Streben, unsre Gesetzgebung von einer Absurdität zu befreien, schlägt jetzt Kritz a. a. O. den Weg ein, daß er die ganze l. 25. cit. nur auf den Fall beziehen will, wenn eine cautio indiscreta vorhanden ist; während nämlich im Schlußparagraphen von dem Falle die Rede sei, wenn auf den Grund einer solchen cautio noch nicht gezahlt worden sei, sondern es sich um Rückgabe der Urkunde selbst handle, werde in den vorhergehenden Paragraphen der Fall erörtert, wenn wirklich auf den Grund einer solchen cautio indiscreta bereits Zahlung geleistet sei, und diese Zahlung zurückgefordert werde. Obwohl sich nicht leugnen läßt, daß unter dieser Voraussetzung die Sätze des Paulus etwas weniger Anstoß erregen würden, so halte ich doch diese Auslegung für völlig willkürlich und unstatthaft, indem Paulus augenscheinlich in den drei ersten Paragraphen von jeder *solutio indebiti* spricht, mag sie auf den Grund einer cautio, oder ohne eine solche geschehen, und mag im erstren Falle eine cautio indiscreta oder discreta vorhanden sein. Und da überdies im Schlußparagraphen nicht etwa blos davon die Rede ist, wenn eine cautio *indiscreta* kondizirt wird, sondern dort auch der andre Fall erörtert wird, wenn eine cautio *discreta* als indebite exposita angefochten wird: so sind wir offenbar um so weniger berechtigt, bei den vorhergehenden Erörterungen des Juristen gerade eine cautio *indiscreta* zu supponiren. —

Anm. 3. Was die Verpflichtung des besiegten Verklagten anbelangt, so gilt im Allgemeinen unbezweifelt die Regel, daß derselbe nur soviel zu restituiren hat, als er zur Zeit der Litiskontestation noch wirklich durch die Empfangnahme des indebitum bereichert erscheint, l. 3, l. 26. §. 12. med., l. 32. pr., l. 65. §. 7. 8, l. 66. h. t., l. 8. §. 22. de transact. (2, 15); eine Regel, die auch mit allgemeinen Prinzipien vollkommen übereinstimmt, da ja hier immer vorausgesetzt wird, daß der Verklagte bona fide das Indebitum angenommen habe. Nicht Wenige (vgl. z. B. unter den Neueren Heimbach, Lehre von der Frucht S. 131 fg. und besonders Errleben a. a. O. S. 182 fgg., Brinz, Pand. §. 90. S. 404 fg., Witte, Bereicherungskl. S. 139 fgg., Voigt a. a. O. S. 319 fgg.) halten sich aber für berechtigt, dann eine Ausnahme von dieser Regel anzunehmen, wenn Fungibilien indebite gezahlt seien, indem hier immer *tantundem* restituirt werden müsse; und man beruft sich dafür theils auf besondre Gesetze, worin dies ausgesprochen sein soll, vgl. l. 25. de praescr. verb. act. (19, 5):

Marcian. „— — Quod indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere“,

l. 7. h. t.:

Pompon. „Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur“,

l. 1. f. C. h. t., theils auf die Analogie des Mutuum, arg. T. 1. — Man muß sich aber gewiß gegen diese angebliche Ausnahme erklären. Daß bei unserer Frage diese Unterscheidung zwischen res fungibiles und non fungibiles unnatürlich und für den gutgläubigen Empfänger des indebitum äußerst hart sein würde, leuchtet von selbst ein, und dagegen sprechen auch sehr bestimmt die oben zitirten Gesetze, in denen ganz allgemein, ohne irgend eine Unterscheidung der verschiedenen Arten von Sachen, der Grundsatz ausgesprochen ist, daß der Verklagte nur in quantum locupletior factus est, verhaftet sei. Die Analogie des Mutuum ist aber gewiß ohne alle Bedeutung; denn wenn auch in den Gesetzen auf einige Aehnlichkeit zwischen beiden Rechtsverhältnissen hingewiesen wird (T. 1), so soll damit doch gewiß nicht gesagt werden, daß in allen Beziehungen dieselbe Theorie bei beiden gelte; dies könnte schon darum nicht durchgeführt werden, weil ja das Mutuum nur bei Fungibilien, die solutio indebiti aber auch bei Sachen andrer Art vorkommen kann; jene Aehnlichkeit aber gerade nur in den Fällen wirksam werden zu lassen, in denen Gleichheit des Objekts vorkommt, würde sehr willkürlich sein. Endlich erscheinen auch die für jene angebliche Ausnahme angeführten Gesetze als unbeweisend, wenn man nur erwägt, daß dann, wenn res fungibiles indebite gezahlt und dieselben nicht mehr in specie bei dem Empfänger vorhanden sind, der Natur der Sache nach die Klage immer auf die Restitution von eben so viel eben so guter Sachen geht, daß also wirklich immer tantundem ex eodem genere *repetitur*, und nur dies sagen die zitirten Gesetze. Damit aber verträgt es sich recht gut, daß der Verklagte doch auf Weniger verurtheilt wird, wenn er die Einrede vorbringt und beweist, er sei durch die solutio indebiti nicht bis zum vollen Belauf der Summe bereichert worden; und daß er zum Vorschützen dieser Einrede berechtigt ist, geht mit Evidenz aus den oben zitirten Gesetzen hervor. Vgl. auch Wächter im ziv. Arch. XV. S. 122 fgg., *C. Sell*, de condict. quaestiones duae p. 126 sqq., Mommsen, Beiträge I. S. 320 fgg., Arndts, Lehrb. §. 341. Anm. 9, Sintenis a. a. O. Anm. 101, Windscheid, Lehrb. §. 424. Not. 3. — Mandry im ziv. Arch. XLVIII. S. 229 fgg.. S. 240 fgg. vertheidigt die Mittelmeinung, daß nur dann, wenn die indebite hingegebenen Fungibilien *in specie* zu Grunde gegangen oder dem Empfänger ohne Aequivalent abhanden gekommen seien, dieser von der Ersatzpflicht frei sei, daß dagegen dann, wenn die Bereicherung später in andrer Weise weggefallen sei, dies nicht in Betracht komme. Ich halte diese Unterscheidung in Betreff des Umfangs der Restitutionspflicht für unbegründet, während ich Mandry'n S. 220 fgg. darin vollkommen beistimme, daß so lange die hingegebenen Fungibilien in specie bei dem Empfänger vorhanden sind, die Restitutionspflicht desselben auf diese Sachen selbst, und nicht auf tantundem gerichtet ist; vgl. bes. l. 65. §. 6. h. t.

bb) Von der condictio causa data causa non secuta. §. 626.

Dig. XII. 4. de condictione causa data causa non secuta, Cod. IV. 6. de condictione ob causam datorum. — Glück XIII. S. 9 fgg. und die dort in Note 22. Angeff., *Waechter*, de cond. c. d. c. n. s. in contr. innom. Tüb. 1822. und jetzt beſ. Erxleben, die condd. sine causa 2. Abth. (auch unter dem beſonderen Titel: die Rückforderung erfolgloſer Leiſtungen oder die obligatio ob rem dati re non secuta) Göttingen 1853, Voigt S. 681 fgg. — Unterholzner II. S. 40 fgg., Koch III. S. 337 fgg., *Molitor* III. p. 57 sqq. Vgl. auch die oben vor und zu §. 624. Angeff.

1) *Paul.* l. 1. §. 1. de cond. ob turp. v. inj. caus. (12, 5): Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.

2) *Pompon.* l. 52. de cond. ind. (12, 6), ſ. oben §. 624. T. 1.

3) *Paul*, l. 65. §. 4. eod., ſ. oben §. 624. T. 2. a. E.

Anm. Die Vorausſetzungen der condictio causa data causa non secuta (— über die grammatiſche Konſtruktion dieſes Namens ſ. die verſchiedenen Anſichten bei Pagenſtecher in Heidelb. krit. Zeitſchr. II. S. 60 fgg. und vgl. auch noch Witte S. 63. Not. 14, Voigt S. 490 —) ſind im Allgemeinen folgende:

1) Es muß Etwas wegen einer causa *futura honesta* hingegeben ſein, T. 1—3, l. 1. pr. h. t. Ob die causa, wegen deren hingegeben wird, ausdrücklich angegeben iſt, oder ob ſie ſich aus der Natur des konkreten Verhältniſſes von ſelbſt ergiebt, macht keinen Unterſchied, während natürlich die condictio dann ceſſirt, wenn Jemand zwar durch Hingabe einen beſtimmten Zweck zu erreichen wünſchte, aber dieſes nicht geäußert, ſondern nur gedacht hat, l. 3. §. 7. h. t.:

Ulp. ‚Constat, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum‘,

l. 7. C. h. t., l. 25. C. de transact. (2, 4).

2) Die causa, wegen deren hingegeben iſt, muß nicht eingetreten ſein (causa non secuta); vgl. über dieſen Begriff oben §. 599. Anm. bei IV. S. 239. Was namentlich die beſtrittene (vgl. Glück XIII. S. 37 fgg., Erxleben S. 386 fgg., Witte S. 104 fgg.) Frage anbelangt, ob die Rückforderung auch dann ſtatthaft ſei, wenn die causa rein zufällig nicht eingetreten iſt, ſo muß man hier von der einfachen Unterſcheidung ausgehen, ob die causa, wegen deren man hingab, in einer erwarteten Gegenleiſtung des Empfängers beſteht, oder ob ſie andrer Art iſt. Im erſtren Falle muß die Rückforderung wegfallen, wenn die Gegenleiſtung ohne alle konkurrirende Schuld des Empfängers durch reinen Zufall unmöglich geworden iſt, vgl. oben §. 591.

Anm. bei IV. 2. S. 208 ff. Im zweiten Falle kann aber der Natur der Sache nach auf die Unterscheidung zwischen culpa und casus nichts ankommen, sondern die Rückforderung ist auch dann begründet, wenn ein bloser Zufall den Eintritt der causa verhindert hat.

3) Die Hingabe darf nicht in Folge eines, den Geber verpflichtenden Schuldverhältnisses geschehen sein, denn in solchem Falle kann, wenn die erwartete Gegenleistung nicht erfolgt, nicht das Gegebene kondizirt, sondern es muß mit der entsprechenden Klage auf Erfüllung geklagt werden. Offenbar kann man hier eigentlich auch gar nicht sagen, daß etwas ob causam futuram hingegeben sei; denn mochte auch der Geber die erwartete Gegenleistung im Auge haben, so hat er doch nicht deßwegen, sondern wegen der schon vorhandenen Obligation, also *solvendi* causa, hingegeben.

Die bei Weitem wichtigste Anwendung der cond. c. d. c. n. s. im römischen Rechte, nämlich bei den s. g. Innominat-Kontrakten, fällt freilich bei uns hinweg, vgl. §. 599. Anm.; dennoch aber kommt die Klage noch vielfach außerdem vor (vgl. Errleben S. 49 fgg. S. 139 fgg., Voigt a. a. O., Windscheid, Lehrb. §. 427), und die wichtigeren Anwendungsfälle mögen hier bemerkt werden (wobei nur zu erinnern ist, daß die Grenzen zwischen der cond. causa non secuta und der cond. causa finita — s. unten §. 628. Anm. bei I. B. — mehrfach schwankend sind, und Manche einige Fälle, die ich der cond. causa finita zuweise, z. B. Schenkungen unter Brautleuten und Todes halber, als Anwendungsfälle der cond. causa non secuta ansehen wollen):

1) Bei der *donatio sub modo*, wenn die dem Beschenkten gemachte Auflage schuldhafter Weise von demselben nicht erfüllt wird, l. 2. 3. 8. C. h. t., l. 1. 3. C. de donat. quae sub modo (8, 55), vgl. Voigt S. 706 fgg.

2) Bei der *dos praenumerata*, wenn die Ehe nachher nicht zu Stande kommt, l. 6. 7. 9. h. t., l. 7. §. 3, l. 74. de jure dot. (23, 3), l. 1. C. h. t.

3) Wenn Etwas *conditionis implendae* causa gegeben, dem Geber das bedingte Recht aber doch nicht erworben wird, l. 1. §. 1, l. 2. h. t., l. 65. §. 3. de cond. indeb. (12, 6). Hierher gehört auch der Fall, wenn der Bruder dem Bruder konferirt hat, aber nachher doch nicht Erbe geworden ist, l. 13. h. t., l. 3. §. 5. de collat. (37, 6).

4) Wenn eine Empfangs-Bescheinigung in Erwartung alsbaldiger Zahlung übergeben, die Zahlung aber nicht erfolgt ist, l. 4. C. de cond. ex lege (4, 9), l. 7. C. de non num. pec. (4, 30).

5) Wenn an einen Stellvertreter des Gläubigers Zahlung geleistet wird, und der Gläubiger nicht ratihabirt, l. 14. h. t., l. 58. pr. de solut. (46, 3). Wenn Manche wegen l. 14. cit. annehmen, daß in solchem Falle dem Zahlenden die cond. causa data c. n. s. oder die condictio furtiva zustehe, so ist dies grundlos, da jenes Gesetz nur sagt, daß nach Verschiedenheit der Fälle gegen den falsus procurator bald die condictio furtiva zu gebrauchen sei, bald die condictio causa data c. n. s.; vgl. auch *Sell*, de condict. p. 118 sqq.

6) Wenn wegen eines abgeschlossenen Vergleichs Etwas hingegeben ist, der Geber aber dennoch aus dem, durch den Vergleich abgethanen Verhältniß verurtheilt wird, so kann das Gegebene mit unsrer condictio zurückgefordert

werden. „Sane quidem ob causam dedit; neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta; sed hic non videtur causa secuta, quum transactioni non stetur“, l. 23. §. 3. de cond. indeb. (12, 6). —

Ueber die sehr bestrittene Frage, wie die Beweislast zu vertheilen sei? vgl. Windscheid, Lehrb. §. 429. Anm. 1. und die dort zahlreich Zitt.

cc) Von der condictio ob turpem causam. §. 627.

Dig. XII. 5. de condictione ob turpem vel injustam causam, Cod. IV. 7. de condictione ob turpem causam. — Glück XIII. S. 50 fgg. und die dort in Note 13. Angeff., Unterholzner II. S. 22 fgg., Koch III. S. 340 fgg., *Molitor* III. p. 65 sqq., Voigt S. 567 fgg. S. 631 fgg.

1) *Paul.* l. 1. §. ult., l. 3. h. t.: Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest [l. 3.] Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur.

2) *Ulp.* l. 4. §. 3. h. t.: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix.

Anm. Die Voraussetzung dieser Klage ist einfach, daß Jemanden Etwas wegen einer causa futura in der Art gegeben ist, daß die Annahme desselben für den Empfänger, und nur für diesen, unehrenhaft und beschämend ist, einerlei ob er von einer ohnedies verbotenen Handlung abgehalten, l. 2. pr., l. 4. §. 2. h. t., oder ob er zu etwas bestimmt werden soll, wozu er schon ohnedies verpflichtet ist, l. 2. §. 1, l. 4. §. 4, l. 9. pr. §. 1. h. t.; und zwar findet in solchen Fällen die condictio selbst dann Statt, wenn der Empfänger auch wirklich seiner Verheißung nachgekommen ist, T. 1. („etiamsi res secuta sit“), l. 9. pr. h. t. Wenn eine Schändlichkeit des Gebers mit einer Schändlichkeit des Empfängers zusammentrifft, so ist zwar auch in diesem Falle keine Klage auf Erfüllung statthaft, l. 5. C. h. t.; wenn aber wirklich hingegeben ist, so wird der Grundsatz in Anwendung gebracht: in pari causa possessor potior haberi debet, l. 128. pr. de R. J., und die condictio ist ausgeschlossen, l. 8. h. t., l. 5. §. 1. de calumn. (3, 6), l. 5. pr. de cond. sine causa (12, 7), l. 2. 5. C. h. t., und so ist also z. B. keine Rückforderung begründet, wenn ein Richter bestochen wird, einerlei ob der Prozeß ein gerechter oder ein ungerechter ist, l. 2. §. 2, l. 3. h. t., wenn Etwas stupri causa hingegeben wird, l. 4. pr. h. t., wenn Etwas gezahlt wird, um eine drohende Anklage oder Denunziation wegen eines begangenen Verbrechens abzukaufen, l. 4. pr. §. 1. h. t. u. dgl. m.

Hiernach versteht es sich von selbst, daß auch dann von der cond. ob turpem causam keine Rede sein kann, wenn blos der Geber, nicht auch der Empfänger in turpitudine versirt, und dies nehmen die römischen Juristen z. B. dann an, wenn an eine patentisirte Hure etwas gegeben wird, L. 2. —

Ob es eine von der condictio ob turpem causam noch verschiedene condictio *ex injusta causa* gebe, ist bestritten, vgl. Glück XIII. S. 50 fgg., Voigt S. 551, Not. 465. S. 554 fgg. S. 626 fgg., aber doch muß man dies annehmen, da nicht nur in der Rubrik des Pandekten-Titels beide unterschieden, sondern im Kodex sogar beide in verschiedenen Titel-Rubriken genannt werden. Es ist aber die condictio ex injusta causa dann begründet, wenn Jemand durch wirkliche Ausübung eines Frevels oder Unrechts einen Vermögens-Vortheil erworben hat, l 6. h. t.:

Ulp. „Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici, in qua sententia etiam Celsus est", vgl. auch l. 6. §. 5. de act. rer. amot. (25, 2),

und so ist dieselbe z. B. anwendbar, wenn Jemand aus einem gewaltsam abgedrungenen Versprechen Etwas erlangt hat, l. 7. h. t.

Pompon. „Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat",

so wie auch diese Klage gegen den malae fidei possessor wegen der konsumirten Früchte gebraucht werden kann, l. 3. C. de cond. ex lege (4, 9), Witte S. 302 fgg.; vgl. auch l. 13. §. 1. depos. (16, 3) und v. Savigny, Syst. Bd. V. S. 518 fgg., Wächter, Erörtr. I. S. 94 fgg. Immer wird aber hier natürlich vorausgesetzt, daß der Kläger sein Eigenthum wirklich verloren hat, denn: nemo rem suam potest condicere, und dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der condictio furtiva, obwohl sie im Uebrigen dieser Klage näher steht, als den condictiones datorum.

dd) Von der condictio sine causa. §. 628.

Dig. XII. 7. de condictione sine causa; Cod. IV. 9. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa. — Glück XIII. S. 183 fgg. und die dort Angeff., Reinhard im ziv. Arch. XXIX. S. 233 fgg. — Unterholzner II. S. 25 fgg., Koch III. S. 345 fgg., *Molitor* III. p. 69 sqq., Kiesselbach in Ihering's Jahrbb. V. S. 1 fgg., Voigt S. 744 fgg. Vgl. auch Wächter, Erörtr. II. S. 98 fgg.

Anm. — I. Die condictio sine causa findet im Allgemeinen Statt, wenn entweder eine Leistung gleich von Anfang an ohne einen rechtsgenügenden Grund geschehen ist, oder wenn zwar Anfangs ein hinlänglicher Grund vorhanden war, dieser aber nachher weggefallen ist, l. 1. §. 2. h. t.

Ulp. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est — — dicendum est, condictioni locum fore".

Die vornehmlichsten Anwendungsfälle sind folgende:

A) Wegen gleich Anfangs nicht vorhandenen hinreichenden Grundes kommt die condictio sine causa vor:

1) wenn aus einem eigentlich verbotenen Geschäfte wissentlich Zahlung geleistet ist, denn nach l. 5. C. de legib. (1, 14) soll in solchem Falle nicht blos das Geschäft selbst für ungeschehen angesehen werden, sondern auch „si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus". So findet z. B. die condictio Statt, wenn Spielschulden, l. 3. C. de aleat. (3, 43) oder wucherische Zinsen wissentlich gezahlt sind, l. 18. C. de usur. (4, 32), wenn aus einer lex commissoria bei einem Pfandvertrag Etwas an Jemanden gekommen ist, l. ult. C. de pact. pign. (8, 35), und wenn Etwas aus einem gerichtlich nicht bestätigten Transakte wegen legirter Alimente geleistet worden ist, l. 8. de transact. (2, 15), l. 23. §. 2. de cond. indeb. (12, 6), l. 8. C. de transact. (2, 4); vgl. auch l. 23. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 1. §. 10. de cognit. extraord. (50, 13), l. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6). Wenn ein Geschäft dagegen nicht eigentlich verboten, sondern nur für unverbindlich erklärt ist, da kann der Regel nach im Falle wissentlicher Zahlung keine Rückforderung Statt finden, indem hier der Gesichtspunkt einer Schenkung eintritt, l. 53. de R. J. (vgl. oben S. 395 fg.). Hiernach versteht es sich aber von selbst, daß, wenn gerade eine Schenkung für unverbindlich erklärt wird, wie namentlich große Schenkungen ohne Insinuation, und Schenkungen unter Ehegatten, hierbei stets die Rückforderung des wissentlich Gezahlten gestattet sein muß; denn daß man sonst die wissentliche Zahlung eines indebitum als Schenkung auffaßt, kann hier begreiflich die Rückforderung nicht ausschließen, eben weil ja hier eine Schenkung ausnahmsweise unverbindlich sein soll, l. 5. §. ult., l. 6. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 27, l. 36. §. 3. C. de donat. (8, 54). — Uebrigens sind die Ansichten über diese ganze Frage sehr verschieden, vgl. Weber, nat. Verb. §. 75 fgg., Thibaut, ziv. Abhandl. Nr. 14. S. 325 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen Bd. I. S. 354, Büchel, zivilrechtliche Erörtr. Bd. II. Nr. 1. S. 100 fgg., C. Sell in sein. Jahrb. I. S. 144 fgg., Voigt S. 354 fgg. S. 578 fgg., Zimmermann, Beiträge zur Theorie der cond. indeb. S. 32 fgg.

2) Wenn Etwas zu einem rechtlich unmöglichen Zweck einem Andren hingegeben ist, z. B. wenn Sachen als Heirathsgut in einem Falle hingegeben werden, in welchem die Abschließung der Ehe unstatthaft ist, l. 5. pr. §. 1. h. t., l. 1. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6), l. 7. C. de interd. matr. (5, 6).

3) Wenn die Leistung von Jemanden ausgeht, welcher wegen beschränkten Veräußerungsrechts zur Zahlung unfähig ist, l. 29. de cond. indeb. (12, 6).

Ulp. „Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit, nam in his personis generaliter repetitioni locum esse

non ambigitur. Et si quidem extant numi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit"; l. 41. eod., l. 12, l. 19. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 24. pr. de O. et A. (44, 7).

4) Wenn der Geber bei der Hingabe einen andren Vertrag im Sinne hat, als der Empfänger, aber doch einen solchen, vermöge dessen ihm ein Rückforderungsrecht zustände, denn hat er quasi donaturus hingegeben, so steht seiner condictio die doli exceptio entgegen, l. 18. pr. §. 1. de R. C. (12, 1).

5) Hierher gehört auch die s. g. condictio Juventiana, l. 32. de R. C. (s. oben S. 387).

B) Propter causam finitam findet die condictio sine causa Statt:

1) bei einer Schenkung Todes halber, wenn einer der Widerrufsgründe einer solchen Schenkung eintritt, vgl. oben Bd. II. §. 561. Anm. geg. E. S. 562. Daß hier richtiger an eine causa finita, als an eine res non secuta zu denken ist, leuchtet wohl von selbst ein. Doch wurde, wenigstens von den Sabinianern, der letztere Gesichtspunkt aufgefaßt, l. 35. §. 3. de mort. c. donat. (39, 6): „nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, *quasi re non secuta*". Vgl. noch Voigt S. 694 fgg. S. 724 fgg.

2) Bei einer einfachen Schenkung, im Falle eines Widerrufs wegen Undankbarkeit, l. 7. C. de revoc. donat. (8, 56).

3) Bei Brautgeschenken, wenn das Verlöbniß aufgehoben wird, l. 15. C. de donat. ante nupt. (5, 3).

4) Bei einer arrha nach realisirtem Vertrage, l. 11. §. 6. de act. emti vend. (19, 1).

5) Bei Schuldurkunden nach getilgter Schuld, l. 2. C. h. t.

6) Wenn Sachen zum Quasi-Ususfruktus hingegeben wurden, nach beendetem Ususfruktus, l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7, 5).

7) Wenn Jemand wegen abhanden gekommener Sachen von dem andren Kontrahenten, z. B. dem Kommodatar, entschädigt worden, nachher aber die Sache selbst wieder in die Hände des Entschädigten gekommen ist, l. 2. h. t.

8) Hierher können auch recht gut die oben Bd. II. S. 280. und S. 355. angeführten Kondiktions-Fälle gezählt werden, obwohl man hier gewöhnlicher eine condictio ex lege, nämlich ex lege 5. C. de inoff. donat., und ex lege ult. C. de H. P. anzunehmen pflegt.

II. Unter den in der vorigen Nummer angeführten Fällen finden sich nicht wenige, in denen nach allgemeinen Grundsätzen durch die Hingabe gar kein Eigenthum für den Empfänger begründet wird. In allen solchen Fällen versteht sich aber ganz von selbst, daß, so lange die hingegebene Sache noch bei dem Empfänger vorhanden, und also eine Vindikation derselben begründet ist, von unserer condictio keine Rede sein kann, denn „proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse", l. ult. i. f. usufr. quemadm. cav. (7, 9). Die condictio sine causa findet hier also immer erst dann Anwendung, wenn die hingegebene Sache konsumirt, und der Empfänger durch die Konsumtion reicher geworden ist, vgl. auch l. 11. §. 2. de R. C. („vindicari numi possunt, si extant — —; quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi possunt"),

l. 29. de cond. indeb. (ſ. oben), l. 53. eod., l. 5. §. 18. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), §. 2. J. quib. alien. (2, 8).

III. Wir haben bisher die condictio sine causa als eine condictio *datorum* aufgefaßt; aber es kann allerdings auch vorkommen, daß Jemand mit dieſer condictio etwas aus ſeinem Vermögen Herausgekommenes zurückfordert, ohne daß er es gerade dem Andren hingegeben hat, wenn nur die allgemeinen Vorausſetzungen begründet ſind, daß es „non ex justa causa ad eum pervenit", l. 1. §. 3. h. t., daß dadurch eine unbillige Bereicherung auf Koſten eines Andren herbeigeführt wurde, und dieſem Andren keine vindicatio zuſteht (vgl. Nr. II). Hierher gehört z. B. wenn ein bonae fidei possessor, welcher nur einen putativen Titel für ſich hat (vgl. Jhering, Abhh. S. 78 fgg., Wächter, Erörtr. II. S. 100 fgg., Witte S. 327 fgg., aber auch Windſcheid, Lehrb. §. 422. Not. 4. geg. E.), meine Sache veräußert hat, und mir die vindicatio nicht mehr möglich iſt, denn hier kann ich das, um was derſelbe durch die Veräußerung reicher geworden iſt, kondiziren, l. 23. de R. C. (12, 1):

African. „Si eum servum, qui tibi legatus est, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim".

So muß ferner hierher gezählt werden l. 4. §. 2. de R. C.

Ulp. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt", wobei nicht bezweifelt werden kann, daß die condictio doch nur erſt dann zuläſſig iſt, wenn eine vindicatio nicht mehr möglich iſt. Und eben ſo gehören auch hierher l. 24. §. 1, l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1) u. a. m.

2) Leihvertrag. §. 629.

Dig. XIII. 6. commodati vel contra, Cod. IV. 23. de commodato. — Glück XIII. S. 426 fgg. und die dort in Note 85. Angeff., Unterholzner II. S. 552 fgg., Koch III. S. 351 fgg., Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 385 fgg., G. E. Schmidt, das commodatum und precarium. Leipzig 1844, Heimbach in Weiſke's Rechtslex. VI. S. 654 fgg., *Molitor* II. p. 475 sqq. Vgl. auch unten §. 691. Anm.

1) §. 2. J. quib. mod. re contr. oblig.: Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat, namque non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. (Cf. l. 3. §. ult., l. 4: Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant). Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit,

quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum.

2) *Ulp.* l. 1. pr. §. 1. h. t.: Ait Praetor: *Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo* (cf. Gai. IV. 47). §. 1. Hujus Edicti interpretatio non est difficilis; unum solummodo notandum, quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Inter commodatum et utendum datum Labeo quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait. (Cf. *Ulp.* l. 17. pr. de praescr. verb.: Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait, posse; sed est tutius, praescriptis verbis agere. — Vgl. Glück a. a. O. S. 450 fgg., Schmidt a. a. O. S. 117 fgg.).

3) *Paul.* l. 17. §. 3. h. t.: Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit. Quum autem id fecit, id est, postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem, et ideo invicem sunt propositae actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in

mutuas praestationes actionesque civiles. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 184 fgg.

3) Depositum. §. 630.

Dig. XVI. 3, Cod. IV. 34. depositi vel contra. — Glück XV. S. 137 fgg. und die dort in Note 84. Angeff., Unterholzner II. S. 659 fgg., Koch III. S. 371 fgg., *Molitor* III. p. 1 sqq. — Ueber „die Depositumsklagen des klassischen röm. Rechts" s. Asher in Gieß. Zeitschr. N. F. XXII. S. 266 fgg. vgl. mit Arndts in Haimerl's östr. V.J.S. XVII. S. 179 fgg.; s. auch noch Ihering, das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 30 fgg.

1) §. 3. J. quib. mod. re contrah. obl.: Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae ac negligentiae, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Praetor ait: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem ejus, quod dolo malo ejus factum dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum judicium dabo.*

3) *Nerat.* l. 18. eod.: De eo, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum, et intra annum quoque; in ipsum et in solidum, et in duplum, et in perpetuum datur. — Wenn Viele, vgl. z. B. Glück XV. S. 215 fgg. und die dort Angeff. aus dieser Stelle ableiten, daß im Falle des depositum miserabile die Klage gegen die Erben des dolosen Depositar nur innerhalb eines Jahres angestellt werden dürfe — was, wenn es wahr wäre, um so mehr noch bei dem gewöhnlichen Depositum gelten müßte —: so beruht dies wohl auf einer irrigen Auslegung. Der wahre Sinn ist doch wohl nur der: „gegen die Erben des dolosen Depositar geht die Klage immer

nur in simplum, selbst wenn sie innerhalb eines Jahres angestellt werden sollte", vgl. auch *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 315. ibique citt., Unterholzner II. S. 672. Note y. u. A. m.

4) *Paul.* l. 6. h. t.: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. — 5) *Florentin.* l. 17. pr. h. t.: Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, quum rem communem plures deponunt. -- Muther, Sequestration und Arrest im röm. Rechte. Leipzig 1856.

Anm. Ein s. g. depositum irregulare wird dann angenommen, wenn Geld oder andere Fungibilien so deponirt werden, daß nicht die deponirten Sachen in specie, sondern nur tantundem ejusdem generis zurückgegeben werden soll. Vgl. überhaupt Glück XV. S. 150 fgg. und die dort Note 24 fgg. zahlreich Zitirten, Neustetel in dessen und Zimmern's römischrechtl. Unters. Nr. 1, Schaffrath, prakt. Abh. S. 97 fgg. Schmid im ziv. Arch. XXX. S. 77 fgg., Heimbach, Kreditum S. 431 fgg., *Pellat*, textes choisis des Pand. 2. ed. p. 61 suiv.; s. auch Endemann in Goldschm. Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 58 fgg. Wenn Manche die Realität dieses Begriffes ganz leugnen, indem in solchem Falle nicht sowohl ein Depositum, als vielmehr ein Mutuum begründet sei, vgl. z. B. *Dedekind*, comm. jurid. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt etc. Wolfenb. 1753. p. 47 sqq., *Zoller*, quaestio jur. controv.: an detur depos. irreg.? Lips. 1775, Schaffrath a. a. O., so ist diese Ansicht sicher unhaltbar, und mit unsren Quellen in unauflöslichem Widerspruche. Es müssen bei der Deposition von Fungibilien folgende Fälle unterschieden werden:

I. Wenn Geld — hiervon allein soll im Folgenden die Rede sein, indem, was die Quellen hiervon sagen, natürlich auch auf andere Fungibilien unbedingt anwendbar ist —, wenn also Geld verschlossen und versiegelt, oder in andrer Weise verwahrt, so zur Aufbewahrung hingegeben wird, daß gerade das Hingegebene in specie wieder restituirt werden soll, so ist begreiflich ein reines Depositum vorhanden, l. 24. h. t. Der Depositar wird hier nicht Eigenthümer, hat nur für Dolus und culpa lata einzustehen und wenn er dies deponirte Geld angreift, so macht er sich eines furtum schuldig, l. 29. pr. h. t., l. 3. C. h. t. Von einer Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen kann in solchem Falle allerdings dann die Rede sein, wenn der Depositar in eine Mora kommt, oder zur Strafe wegen etwaigen unbefugten, diebischen Gebrauchs, l. 4. C. h. t., aber die Leistung vertragsmäßiger Zinsen ist ungedenkbar, eben weil ja das deponirte Kapital nicht angegriffen werden darf.

II. Es kann aber auch Geld in der Weise deponirt werden, daß es dem Depositar nicht etwa versiegelt übergeben, sondern nur zugezählt wird, und diese Geschäftsform kommt auch h. z. T. sehr häufig namentlich dann vor, wenn man Gelder, die man in jedem Augenblick disponibel haben, und darum nicht ausleihen will, bei einem Bankier deponirt. Hier ist nun das eigentliche Gebiet des s. g. depositum irregulare. Zergliedert man nämlich ein solches Geschäft, so ist es seinem Grundcharakter nach offenbar ein Depositum; man will im Wesentlichen nichts als sein Geld der größeren Sicherheit wegen in fremde Gewahrsam bringen. Aber man will, so zu sagen, nur die Summe, nicht die einzelnen Geldstücke deponiren, und wenn der Depositar nur dafür sorgt, daß in jedem Augenblicke die hingegebene Summe von ihm erhoben werden kann, so mag er über die hingegebenen Geldstücke nach Belieben disponiren, denn daß es dem Deponenten auf die letzteren nicht ankommt, zeigt sich ja eben darin, daß er sie offen dem Depositar zuzählt. Gerade in dieser letztren Beziehung nähert sich nun allerdings unser Geschäft dem Mutuum, indem dort, wie hier, der Empfänger Eigenthümer wird, und auch die Gefahr auf ihn übergeht; aber in allem Uebrigen ist es doch ein wahres Depositum, und ganz nach den Grundsätzen des letztren zu behandeln. So ist die Klage auf Rückgabe nicht die condictio certi ex mutuo, sondern die *actio depositi*, und diese kann also namentlich auch nicht durch Kompensations-Einrede beseitigt werden. Und was die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen anbelangt, so können hier anders, wie beim Mutuum auch Verzugs-Zinsen gefordert werden; es können ferner auch Zinsen durch einfaches *pactum adjectum* verabredet werden, — während bekanntlich bei dem Mutuum immer eine Stipulation nöthig war —, und es können selbst ohne Verabredung Zinsen gefordert werden, sofern dies die Natur eines contractus bonae fidei mit sich bringt, wenn nämlich der Empfänger selbst auch Zinsen gezogen, oder sonst durch den Gebrauch des deponirten Geldes einen Vortheil erlangt hat, (welches Letztere freilich nicht ganz unbestritten ist, vgl. z. B. *Pellat* p. 66 suiv. und Windscheid §. 379. Not. 2). Die Belege zu diesen Sätzen sind aber in folgenden, freilich vielfach gedeuteten und mißverstandenen Gesetzen enthalten:

1) L. 31. loc. cond. (19, 2):

> *Alfen.* „— — Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. *Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere*".

Geht man nicht mit Vorurtheilen an die Auslegung dieser Stelle, so sagt sie unzweideutig, daß wenn man zugezähltes, nicht versiegeltes Geld deponire, zwar allerdings das Eigenthum auf den Depositar übergehe, und dieser nur zur Zurückgabe einer gleich großen Summe verpflichtet sei, dennoch aber ein

Depositum vorhanden sei. Wie es *duo genera locatarum rerum* gibt, und das Geschäft trotz des Eigenthums-Ueberganges doch im Wesentlichen eine locatio conductio bleibt, so gibt es auch duo genera depositarum rerum, und das Geschäft bleibt ein Depositum, obwohl das Eigenthum auf den Depositar übergeht.

2) L. 25. §. 1. h. t.:

Papinian. „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est".

Also mit einer actio *depositi* sollen Verzugs-Zinsen gefordert werden dürfen! Deutlicher kann doch in der That nicht gesagt werden, daß, ungeachtet nur tantundem, nicht idem, zu restituiren ist, das Geschäft dennoch ein Depositum bleibt, und nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen ist! Die Interpretationen der Gegner bedürfen keiner ernstlichen Widerlegung. So meint z. B. *Dedekind*, l. c. p. 64 sqq., in diesem responsum Papinians sei wohl nur der Ausdruck *depositum* beibehalten, weil der Quärent sich desselben bedient habe (!), in der That aber habe Papinian an die condictio mutui gedacht, und materiell sei seine Entscheidung ganz in der Ordnung, weil ja auch bei dem Mutuum, als einem bonae fidei judicium, Verzugszinsen gefordert werden könnten!! Und Schaffrath S. 101 fgg. Note, will unser Gesetz von einem regelrechten Depositum verstehen, wobei der Depositar, weil er unbefugt das deponirte Geld zu eignem Nutzen verwendet habe, zur Zahlung von Strafzinsen verurtheilt werde!

3) L. 26. §. 1. h. t.:

Paul. „Lucius Titius ita cavit: suscepi habeoque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem millia, meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto et profiteor, conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? *Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt*".

Die beim ersten Anblick etwas auffallenden Schlußworte: „weil dieser Kontrakt über die Grenzen des depositum hinausgeht, deßhalb findet die actio depositi auf die Zinsen Statt" haben häufig den Verdacht einer Korruption hervorgerufen, und namentlich benutzen dies die Gegner des depos. irregulare, um diese Stelle mit ihrer Ansicht in Einklang zu bringen. So will *Dedekind* l. c. p. 65. lesen: „usurae quoque actione depositi peti *non* possunt" und Schaffrath a. a. O. S. 124 schlägt vor: „usurae *neque* act. dep. peti possunt". Aber auch Andre glauben den angeblichen innern Widerspruch nur durch eine Emendation heben zu können, und Hotomann, Obs. IV. c. 1. liest demgemäß: „depositae pec. modum *non* excedere, et ideo" etc., während *Overbeck*, de collocatione depositi p. 44. statt et ideo setzen will: *at vero*. Bedürfte es zur Widerlegung dieser mißrathenen Konjekturen einer äußern

Auktorität, so könnten wir uns auf die Basiliken XIII. 2. 26. berufen, indem nicht nur aus dem freilich sehr abgekürzten Texte („Et usurae ex conventione depositi actione petuntur", sondern insbesondere auch noch aus den beiden interessanten, jetzt aus dem Cod. Coisl. von Heimbach (tom. II. p. 54.) edirten Scholien dazu, mit Evidenz hervorgeht, daß die handschriftliche Lesart unsrer Stelle völlig echt ist. Der gute Sinn ist offenbar der: läge hier ein reines Depositum vor, so würde allerdings von einer Zinspflicht keine Rede sein können, eben weil ja hier das Geld von dem Depositar nicht gebraucht werden dürfte (s. oben bei Nr. I); da aber der vorliegende Kontrakt über das reine, gewöhnliche Depositum hinausgeht, so können allerdings auch die durch das pactum adjectum bedungenen Zinsen mit der actio depositi eingefordert werden; vgl. auch Neustetel a. a. O. S. 16, Heimbach S. 441 fgg., *Pellat* p. 67 suiv. Hiernach beweis't also auch diese Stelle auf das Entschiedenste, daß, ungeachtet der Depositar nur zur Zurückgabe von tantundem verpflichtet, und also zum Gebrauche der deponirten Geldstücke berechtigt ist, doch das Geschäft ein Depositum bleibt, daß die *actio depositi* daraus Statt findet, und durch ein einfaches pactum adjectum eine Zinspflicht begründet werden kann.

4) L. 28. h. t.:

Scaevola. „Q. Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta. Caecil. Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque numorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse, quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, id est, ut usuras eorum accipias, curae habebo. Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possunt? Respondi, deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est".

Auch hier ist offenbar von einem Depositum die Rede — denn wenn *Dedekind* p. 60. das Gegentheil annimmt, und die Stelle von einem Mutuum zu verstehen scheint, so ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, wenn man mit ihm das Mutuum als einen contractus bonae fidei ansieht, und selbst unter dieser irrigen Voraussetzung würde doch diese Annahme kaum zulässig sein — und Scävola erkennt an, daß unter den in der Empfangs-Bescheinigung angegebenen Umständen mit der actio depositi, als einem judicium bonae fidei, Zinsen gefordert werden dürften, wenn der Depositar selbst deren gezogen, oder die deponirten Gelder zu eignem Vortheil verwendet habe.

5) L. 29. §. 1. h. t.:

Paul. „Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur".

Auch diese Stelle bedarf kaum eines Kommentars. Sehen wir von der eben so überflüssigen als ungeeigneten Konjektur Huschke's in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 150 fgg. (welcher Statt: ex permissu meo lesen will: *im*permissu meo) ganz ab (vgl. auch dagegen Emmerich in Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 117 fgg. und *Pellat* p. 71 suiv.), so ist ihr einfacher, mit den übrigen

Quellen-Zeugniſſen vollkommen übereinſtimmender Sinn folgender: wer Gelder ſo deponirt, daß nur tantundem reſtituirt zu werden braucht, der kann dann, wenn der Depoſitar von der ihm dadurch eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht, und die Gelder für ſich benutzt hat, in Gemäßheit der Natur eines judicium bonae fidei, mit der actio depositi Zinſen fordern. Schaffrath a. a. O. S. 117. glaubt freilich, daß hier von einer ſpäter hinzugekommenen Gebrauchs-Geſtattung die Rede ſei, und man alſo nothwendig eine Umwandlung des depositum in ein Mutuum annehmen müſſe, und die Worte: ut in caeteris bonae fidei judiciis will er dann aus der Annahme erklären, daß dann, wenn ein bonae fidei negotium (depositum) durch ſtillſchweigende privativa novatio in ein stricti juris negotium (mutuum) verwandelt worden ſei, die aus dieſem entſpringende Klage einige Eigenthümlichkeit einer bonae fidei actio behalten zu haben ſcheine!

6) Endlich muß hier noch eine Stelle aufgeführt werden, auf welche ſich die Vertheidiger, wie die Gegner des depositum irregulare gleichmäßig zu berufen pflegen, nämlich die berüchtigte l. 24. h. t.:

> *Papinian.* „L. Titius Sempronio salutem. Centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio, quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi, depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras adtinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur".

Die vielen, zum großen Theil völlig mißlungenen Auslegungen dieſes Geſetzes näher zu prüfen, iſt hier der Ort nicht, vgl. z. B. *Duaren.*, in tit. Depositi cap. 4. (in opp. p. 1008), *Cujac.*, in lib. IX. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. IV. p. 210 sqq.), *Hotoman.*, Obss. IV. 1, *Noodt*, de pact. c. 19, *Dedekind* cit. p. 60 sqq., Glück XV. S. 157 fgg., Neuſtetel a. a. O. S. 17 fgg., Schaffrath a. a. O. S. 99 fgg. Not., Schmid a. a. O. S. 79 fgg., *Pellat* p. 61 suiv. Halten wir daran feſt, daß nach den bisher angeführten Stellen die römiſchen Juriſten unzweifelhaft der Anſicht waren, daß, wenn eine blos zugezählte, nicht verwahrte, Geldſumme deponirt werde, das Geſchäft deßhalb noch nicht aufhöre, der Abſicht der Partheien gemäß ein Depoſitum zu ſein, und erwägen wir, daß Papinian ſelbſt dieſe Anſicht in einer ganz unzweideutigen Stelle als richtig anerkannt hat, l. 25. §. 1. h. t. (ſ. oben Nr. 2): ſo wird

ſchon von vorneherein nicht leicht angenommen werden können, daß Papinian hier eine entgegengeſetzte Theorie vorgetragen haben ſollte. Laſſen wir zunächſt einmal den ganzen Zwiſchenſatz von: Quod ita verum est bis: non facile dicendum est außer Betrachtung, und denken uns, die folgenden Worte: Et est quidem constitutum etc. ſchlöſſen ſich unmittelbar an die früheren an: quid est enim aliud commendare, quam deponere: ſo entſteht ein ſehr einfaches, und mit den bisher gefundenen Sätzen völlig übereinſtimmendes Reſultat. In dem zur Beurtheilung vorgelegten Handſcheine hat L. Titius bekannt, daß ihm von Sempronius eine gewiſſe zugezählte („*annumerante* servo Sticho actore") Geldſumme anvertraut worden ſei („quos commendasti mihi"), und verſprochen, dieſelbe in jedem Augenblick, wann und wo Sempronius ſie fordern würde, zurück zu erſtatten. Offenbar lag alſo ganz unſer Fall vor, wornach nicht daran gedacht werden konnte, daß gerade dieſelben Geldſtücke wieder reſtituirt werden ſollten, ſondern es ſich blos um die Rückgabe derſelben Summe handelte, und dies konnte auch nur die Meinung des Quärenten ſein, da er bei Papinian anfragte, ob er auf den Grund dieſes Handſcheins Zinſen von Titius fordern könne? Papinian antwortet: Aus dieſem Handſchein geht hervor, daß ein Depoſitum vorliegt, und Dir die actio depositi zuſteht, denn *commendare* iſt ja nichts Andres, als *deponere*. Nun iſt es allerdings wahr, daß bei einem judicium bonae fidei Zinſen officio judicis zuerkannt werden dürfen, aber dies findet doch bei dem vorliegenden Geſchäfte keine Anwendung, da es unbillig und contra bonam fidem ſein würde, den Depoſitar, der Dir durch die Uebernahme des Depoſitum eine Gefälligkeit erweiſen wollte, zur Zahlung von Zinſen zu verpflichten; und ſo kannſt Du alſo nur dann Zinſen fordern, wenn Titius in Mora ſein ſollte, oder wenn durch ein pactum in continenti adjectum Zinſen unter Euch verabredet ſind. (Daß Papinian den nach unſren obigen Erörterungen möglichen dritten Fall einer Zinspflicht außer Acht gelaſſen hat, wenn nämlich der Depoſitar durch eignen Gebrauch des Geldes Vortheil gezogen, hat gewiß den Grund, weil hier der Depoſitar wegen ſeines ausdrücklichen Verſprechens, in jedem Augenblick, wann es Sempronius verlangen würde, die Summe zu reſtituiren, immer eine gleich große Geldſumme bereit liegen haben mußte, und man darum nicht leicht annehmen konnte, daß er gerade durch die Verwendung der deponirten Geldſtücke einen Vortheil erlangt habe). Daß nun dieſe Antwort Papinian's völlig mit den übrigen, oben betrachteten Stellen in Einklang ſteht, bedarf keiner Erörterung, und nur das iſt noch hervorzuheben, daß auch Papinian bei dieſer Entſcheidung offenbar nur den Fall vor Augen hat, wenn es ſich um Reſtitution von *tantundem* handelt; denn von einem Zinsvertrag zu ſprechen, wenn *idem* reſtituirt werden ſollte, wäre augenſcheinlich abſurd. Papinian erkennt alſo in dieſen Schlußworten unzweideutig an, daß die actio depositi auch dann Statt finde, wenn nur eine gleiche Summe von dem Depoſitar zurückgegeben werden ſoll. — Wenden wir uns jetzt zu dem bisher außer Acht gelaſſenen, eingeſchalteten Zwiſchenſatz, der ſich an den Ausſpruch anſchließt, daß in dem vorliegenden Falle eine actio depositi begründet ſei, weil, wie aus dem Ausdruck *commendare* hervorgehe, dies die Abſicht der Partheien geweſen ſei. Dieſer Zwiſchenſatz kann nach dem Vorher-

gehenden nur den Sinn haben: „Dieſes — daß nämlich die actio depositi Statt finde — iſt dann unzweifelhaft, wenn der Vertrag darauf geht, daß dieſelben Münzſtücke wieder zurückgegeben werden ſollen; denn wenn ausgemacht iſt, daß nur dieſelbe Summe reſtituirt werden ſoll, ſo überſchreitet dieſes freilich die bekannten Grenzen des Depoſitum. Wollte man aber deßhalb die actio depositi ganz in Abrede ſtellen, ſo würde bei der vorliegenden Frage von Zinſen gar keine Rede ſein können". Papinian will mit dieſen Worten nicht wirklich die Zuläſſigkeit der actio depositi verneinen — darauf deutet ja auch beſtimmt genug die hypothetiſche Faſſung der Worte: *si dep. actio non teneat*, und mit Recht ſchaltet der griechiſche Scholiaſt in dem, jetzt erſt vollſtändig aus dem Cod. Coisl. von Heimbach edirten schol. ad h. l. (Heimb. II. p. 52), hier die Worte ein: „hoc autem nemo ait, nam depositi actio competit, ut infra ostendit" —, ſondern er will nur andeuten, was in Betreff der Zinſen Rechtens ſein würde, wenn man dem Geſichtspunkt Raum geben dürfte, daß hier vielmehr ein Mutuum, als ein Depoſitum vorläge. Nach Beſeitigung dieſer Zwiſchenfrage knüpft nun Papinian an ſeinen erſten, durch den parenthetiſchen Satz nicht zurückgenommenen und nicht beſchränkten Ausſpruch „daß hier die actio depositi begründet ſei, weil die Kontrahenten ein Depoſitum beabſichtigt hätten" die weitere Erörterung an, wie es nun unter dieſer richtigeren Vorausſetzung mit der Zinspflicht zu halten ſei. —

Durch dieſe Geſetze ſcheint mir die Realität des depositum irregulare in dem oben angegebenen Sinne vollſtändig bewieſen zu ſein, und nur die Schlußbemerkung iſt hier noch hinzuzufügen, daß wenn ein ſolches Depoſitum bei einem Argentarius vorkommt, und der Deponent ſich davon Zinſen auszahlen läßt, das Geſchäft inſofern wie ein Mutuum behandelt wird, daß dann das privilegium exigendi, welches ſonſt dem Deponenten zuſteht (§. 594), nicht begründet iſt, l. 7. §. 2. h. t.

> *Ulp.* „— — dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, *quasi renunciaverint deposito*",

l. 24. §. 2. de reb. auct. jud. (42, 5):

> *Ulp.* „Sed enim, qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, *aliud est enim credere, aliud deponere*".

Wenn man die hervorgehobenen Worte dieſer Stellen auch ſchon als wichtige Argumente gegen den Begriff von depositum irregulare hat benutzen wollen, ſo verkennt man ganz die beſondre Beziehung, in welcher dieſe Ausdrücke von Ulpian gebraucht worden ſind.

III. Wir haben geſehen, daß dann, wenn die Partheien ein Depoſitum beabſichtigten, es unbedenklich dabei ſein Bewenden behält, wenn auch von den ſonſtigen Grundſätzen dieſes Vertrags ſo weit abgewichen wird, daß der Depoſitar nur tantundem, nicht idem reſtituiren, und alſo zum Gebrauch der deponirten Geldſtücke befugt ſein ſoll. Eine andre Frage aber iſt die, wenn umgekehrt die Partheien ein beſtehendes regelmäßiges Depoſitum von Fungibilien in ein Mutuum umzuwandeln beabſichtigten, was dazu erforderlich ſei? Genügt dazu der bloſe Vertrag, oder muß noch etwas Anderes hinzutreten? Der Zweifels-

grund ist der, weil zum Begriff des Mutuum gehört, daß numi, qui mei erant, tui facti sunt. Geht nun schon durch den bloßen Vertrag das Eigenthum über? oder muß nicht noch eine neue Besitzergreifung von Seiten des Depositars hinzukommen? Auf diese Frage antwortet Ulpian in l. 9. §. 9. de R. C.:

> „Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus, *etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse,* ajunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et potest ei condici".

Also der bloße Vertrag soll genügen, weil durch den veränderten *animus* die bisherige Detention sich in eine possessio umwandelt („animo enim coepit possidere"), und dadurch Eigenthums-Uebergang bewirkt wird; ein besonderer Apprehensions-Akt in Betreff der deponirten Geldstücke ist aber nicht nöthig („etiam *antequam moveantur*"). Die Gegner des depos. irregulare haben auch diese Stelle als ein wichtiges Argument dafür benutzen wollen, daß wenn dem Depositar der Gebrauch des deponirten Geldes gestattet sei, das Geschäft immer ein Mutuum, und kein Depositum mehr sei. Daß dies aber ein Mißverständniß ist, leuchtet von selbst ein. Ulpian wollte nicht, wie man fälschlich anzunehmen pflegt, die Frage beantworten: ob dann, wenn dem Depositar der Gebrauch der deponirten Fungibilien gestattet werde, noch ein Depositum angenommen werden dürfe, oder ob nicht vielmehr ein Mutuum angenommen werden müsse? sondern vielmehr die andre, wesentlich davon verschiedene: ob dann, wenn die Partheien ein bestehendes Depositum in ein Mutuum umzuwandeln beabsichtigten, „dazu der bloße Vertrag genüge, oder noch eine spezielle Besitzergreifung der deponirten Geldstücke erforderlich sei?" Daß aber diese Stelle (vgl. auch die ähnliche l. 34. mandati) nach dieser unzweifelhaft richtigen Auffassung alle Bedeutung für die Theorie des depos. irregulare verliert, leuchtet von selbst ein. — Ganz eben so verhält es sich mit zwei andren Ulpianischen Stellen, welche die Gegner des depos. irregulare für sich anzuführen, und die Vertheidiger desselben nur ungenügend zu beseitigen pflegen, nämlich mit l. 10. de R. C. (12, 1).

> *Ulp.* „Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum",

und l. 1. §. 34. h. t.:

> *Ulp.* .Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi teneberis".

Es wird hier der Fall behandelt, wenn mit dem Depositum ein eventueller Darlehns-Vertrag in der Art verbunden wird, daß es dem Willen des Depositar anheim gegeben wird, das Depositum in ein Mutuum umzuwandeln („si voles", si voluisses"), vgl. auch l. 4. pr. de R. C. (12, 1). Auch für diesen Fall entstand die Frage, in welchem Zeitpunkte diese Umwandlung angenommen werden könne, und hier entscheidet sich Ulpian aus begreiflichen Gründen dafür, daß dieselbe erst dann vor sich gehe, wenn der Depositar wirklich einen besondern Apprehensions-Akt vorgenommen, also z. B. das deponirte Geldpaket eröffnet,

das Geld zu seinem eigenen gethan, es ausgegeben habe u. dgl. Auch hier wird die eventuelle Absicht, ein Mutuum zu kontrahiren, als unzweifelhaft vorausgesetzt, und nur die Frage beschäftigt den Juristen, von welchem Zeitpunkte an das eventuell beabsichtigte Mutuum seinen Anfang nehme? Aus diesen Stellen kann also eben so wenig, wie aus l. 9. §. 9. de R. C. irgend ein Argument, weder gegen, noch für die Annahme eines s. g. depos. irregulare entnommen werden.

4) Pfandvertrag. §. 631.

Dig. XIII. 7. de pignoratitia actione vel contra, Cod. IV. 24, de pignoratitia actione. — Glück XIV. S. 1 fgg., Sintenis, Handb. des gem. Pfandr. §. 26. 27, Dernburg, Pfandr. I. §. 16 fgg. S. 138 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession I. §. 12. S. 71 fgg. — Unterholzner II. S. 849 fgg., Koch III. S. 411 fgg., *Molitor* III. p. 77 sqq. (s. auch Bd. I. §. 372). Vgl. auch Stölzel im ziv. Arch. XLV. S. 254 fgg. bes. S. 263 fgg.

§. ult. J. quib. mod. re contrah. oblig.: Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet, quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

II. Obligationen aus Konsensual-Verträgen.

1) Verträge zum Zweck der Veräußerung.

A) Kaufvertrag.

Inst. III. 23. [24] de emtione et venditione, Dig. XVIII. 1. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt, Cod. IV. 38. de contrahenda emtione et venditione. — Glück XVI. S. 1 fgg., XVII. S. 1 fgg. und die dort Bd. XVI. Not. 1. Zitirten, Kritz, Pandekteur. Th. I. Bd. 3, Grath und Wilda in Weiske's Rechtslex. VI. S. 10 fgg. — Unterh. II. S. 217 fgg., Koch III.

S. 602 fgg., *Molitor* II. p. 1 sqq. — Vgl. auch Treitschke, der Kaufkontrakt in besondrer Beziehung auf den Waarenhandel. Leipzig 1838, 2. Aufl. besorgt von Wengler. 1866, Thöl, Handelsrecht Bd. I. §. 63 fgg., Brinckmann, Lehrb. des Handelsrechts §. 67 fgg., Endemann, das deutsche Handelsr. §. 103 fgg.

a) Begriff und Erfordernisse. §. 632.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Sed an sine numis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emtionem et venditionem putant, Nerva et Proculus permutationem, non emtionem hoc esse. — Sed verior est Nervae et Proculi sententia, nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. — Cf. l. 1. pr. de rer. permut. (19, 4), §. 2. J. h. t., Gai. III. §. 141.

2) *Pompon.* l. 8. h. t.: Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, quum editus esset partus, jam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse. §. 1. Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur, quod fit, quum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est, et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.

3) *Ulp.* l. 2. §. 1. h. t.: Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem.

Anm. — I. Das Charakteristische der emtio venditio, namentlich im Gegensatz zu der permutatio, ist nach der herrschend gewordenen Lehre der Prokulianer die Unterscheidbarkeit der Waare und des Preises (T. 1).

1) Als Waare, merx — worunter die Römer eigentlich freilich nur bewegliche Sachen verstanden, l. 66. de V. S., worunter wir aber hier jeden Verkaufs-Gegenstand verstehen — kann jede Sache vorkommen, über welche nur überhaupt Verträge giltig abgeschlossen werden können, l. 34. §. 1. h. t., und namentlich können nicht blos körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche — z. B. nomina, jura in re — giltig verkauft werden, und ausgenommen ist nur

in der Regel baares Geld (gegen die Einwendungen von Heyer in Gieß. Zeitschr. n. F. XV. S. 42 fgg. vgl. Anthes ebendas. XVIII. S. 216 fgg., der aber auf der andren Seite zu weit geht, indem es allerdings möglich ist, daß Geldstücke nicht als Geld in Betracht kommen, und dann allerdings auch Gegenstand des Verkaufs sein können, s. auch Windscheid, Lehrb. §. 385. Not. 3), und eben so eigentliche Fakta, bei welchen kein Verkauf, sondern nur eine locatio conductio oder etwa ein s. g. Innominat-Kontrakt angenommen werden kann. Daß die Waare nicht schon im Eigenthum des Käufers stehen darf, daß auch dem Verkäufer nicht gehörige Sachen giltig verkauft werden können, daß vor dem Kontrakt erfolgter Untergang der Waare den Begriff der emtio venditio aufhebt u. dgl. m., geht Alles schon aus allgemeinen Grundsätzen hervor, und hat für die emtio venditio nichts Besonderes. Daß die Waare schon gleich Anfangs vollständig bestimmt oder auch nur vorhanden sei, ist keineswegs erforderlich; doch muß, wenn dies nicht der Fall ist, zwischen der s. g. emtio *spei* und emtio *rei speratae* unterschieden werden. Eine emtio spei ist dann vorhanden, wenn nach der Vertrags-Intention das Kaufgeld in jedem Falle bezahlt werden soll, mag nun viel oder wenig, oder gar nichts zum Vorschein kommen, und dies kommt z. B. vor, wenn das Ergebniß eines Fischzugs oder dgl. gekauft wird, L. 2, l. 11. §. ult., l. 12. de act. emt. vend. (19, 1), und h. z. T. erscheinen dgl. Hoffnungskäufe vorzugsweise in der Gestalt von Lotterie- und Ausspiel-Geschäften. Wenn aber vorher als das Charakteristische der emtio spei bemerkt wurde, daß der Käufer auch dann das Pretium bezahlen müsse, wenn nichts zur Existenz komme, so versteht sich doch von selbst, daß nicht schon vorher die Realisirung der Hoffnung unmöglich geworden sein darf, und wenn also z. B. der Teich, aus welchem der Fischzug geschehen sollte, schon vorher abgelassen, oder das auszuspielende Pferd noch vor dem Ausspieltage gestorben wäre, so könnte von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Pretium keine Rede sein. — Eine emtio *rei speratae* ist aber dann anzunehmen, wenn eine künftige Sache unter der Bedingung ihrer Existenz gekauft wird, und das Pretium also nur dann und nur soweit zu leisten ist, wenn und wieweit die erwartete Sache wirklich zur Existenz gekommen ist; die Qualität der wirklich existent gewordenen Sache hat aber begreiflich auf das Pretium keinen Einfluß, und wenn sie viel besser ist, als der Verkäufer erwartete, so kann deßhalb eben so wenig eine Erhöhung des Kaufgeldes verlangt werden, als sich umgekehrt eine Minderung desselben rechtfertigen läßt, wenn sie viel schlechter ausgefallen ist, als der Käufer gehofft hat. Beide, sowohl die emtio spei als die emtio rei speratae, sind gewagte Geschäfte, aber bei der ersteren ist das Wagniß viel größer, als bei der zweiten, denn dort bleiben Existenz, Quantität und Qualität ohne allen Einfluß auf das bestimmte Pretium, während hier nur blos die Qualität einflußlos ist, während es auf die Existenz und die Quantität allerdings ankommt. Setzen wir, es kauft Jemand für eine bestimmte Summe den ganzen nächstjährigen Ertrag eines Weinbergs, so ist dies ohne Zweifel eine emtio spei, und er muß mir das ganze Pretium zahlen, wenn auch gar nichts, oder so gut, wie gar nichts erzielt wird, arg. l. 78. §. ult. h. t. Setzen wir aber, er kauft 10 Ohm des Weins, welchen ich im nächsten Jahre in meinem

Weinberge ziehen würde, so ist dieses eine emtio rei speratae, und wenn gar nichts oder etwa nur 5 Ohm erlöst werden, so hat er auch gar nichts oder nur die Hälfte des Pretium zu bezahlen, während es freilich schlechthin in keinen Betracht kommt, ob der Wein gut oder schlecht ausfällt. Wie aber in einem solchen Falle der Käufer immer nur nach dem quantitativen Verhältniß der zur Existenz gekommenen Sachen das Pretium zu zahlen hat, eben so hat auch umgekehrt der Verkäufer für nichts mehr einzustehen, als wirklich zur Existenz gekommen ist, und so kann er also z. B. in unsrem vorigen Falle, obwohl er 10 Ohm verkauft hat, doch nicht für die nicht erzielten 5 Ohm zum Ersatz des Interesse angehalten werden. Einen solchen Fall entscheidet die vielfach mißverstandene l. 39. §. 1. h. t.

> *Julian.* „Verisimile est, eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque ad decem pondo olei, idcirco solis quinque collectis non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent, a plerisque responsum est".

Man versteht dieses Gesetz bald von dem Falle, wenn Jemand seinen ganzen zu erwartenden Oelertrag verkauft, und dabei den Preis nach dem Durchschnitts-Ertrag von 10 Pfund bestimmt habe, und die Entscheidung soll dann die sein, daß, wenn nur fünf Pfund gewonnen seien, der Käufer auch nur diese fünf Pfund verlangen könne, aber doch das gesammte Pretium bezahlen müsse, vgl. Glück IV. S. 189 fgg. Not. und die dort Angeff. Bald denkt man an den Fall, wenn 10 Pfund der zu erwartenden Erndte verkauft, und blos fünf Pfund wirklich gewonnen seien, in welchem Falle der Käufer auch nur das Pretium für fünf Pfund zu bezahlen habe: und die Vertheidiger dieser letztren Auslegung wollen dann Statt: *emtor* petere potest lesen *ab emtore* petere potest, vgl. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 416. Wirklich muß auch der Fall unsres Gesetzes in der letztbemerkten Weise aufgefaßt werden, aber die Entscheidung geht nicht darauf, was der Verkäufer fordern dürfe, sondern umgekehrt darauf, daß der Käufer auch nicht mehr, als die wirklich gezogenen fünf Pfund von dem Verkäufer verlangen dürfe, vgl. auch Basil. XIX. 1. 37. bei Heimb. II. p. 264. („Vendidi tibi fructum pendentis olivae vel promisi decem pondo et sola quinque pondo nasci contigit, non amplius quam quinque pondo a me exigentur"). — Wann übrigens eine emtio spei und wann eine emtio rei speratae anzunehmen sei, ist eine reine Interpretations-Frage, die in jedem einzelnen Falle aus der Absicht der Paziszenten beantwortet werden muß, und die gewöhnliche Lehre, daß eine emtio spei angenommen werden müsse, wenn die Existenz des Gegenstandes von einem bloßen Zufall abhänge, daß aber eine emtio rei speratae vorhanden sei, wenn die Existenz der gekauften Sache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden könne, vgl. z. B. Glück IV. S. 192, beruht auf keinem haltbaren Grunde.

2) Der Kaufpreis, das pretium, muß der Regel nach in baarem Gelde bestehen, T. 1, was aber dann unnöthig ist, wenn eine Sache feilgeboten und nun eine andre Sache dafür gegeben wird, denn hier ist schon

durch das Feilbieten die Sache als Waare kenntlich, und die dagegen gegebene Sache nimmt dadurch von selbst den Charakter des Pretium an, Gai. III. 141, l. 1. C. de rer. permut. (4, 64), Thöl, Handelsr. I. §. 63, Leist in der Gießer Zeitschr. XVII. S. 362 fgg. Wenn der Verkäufer nachher sich gefallen läßt, Statt des Geldes andre Sachen anzunehmen, so ändert sich dadurch der Begriff des Geschäfts nicht, l. 9. C. de rese. vend. (4, 44), und auch das hebt den Begriff der emtio venditio nicht auf, wenn neben dem Gelde noch andre Sachen versprochen werden, l. 79. h. t., l. 6. §. 1. 2. de act. emt. vend. (19, 1). Gewöhnlich lehrt man nun, das pretium müsse *verum*, *certum* et *justum* sein. Was zunächst

a) die veritas pretii anbelangt, so versteht es sich von selbst, daß wenn der Kaufpreis blos simulirt, blos zum Scheine beigefügt ist, eine Schenkung, aber kein Verkauf vorhanden ist, l. 36. h. t., l. 8. 9. C. h. t. Wird absichtlich aus Freundschaft zu wohlfeil verkauft, so ist ein solcher Freundschaftsverkauf (s. g. venditio gratiosa) doch im Ganzen als wahrer Verkauf anzusehen, obwohl er unter Eheleuten wegen der verbotenen donatio inter virum et uxorem ungiltig ist, l. 38. h. t.

> *Ulp.* „Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est“, vgl. l. 31. §. 3. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1).

b) Das pretium muß auch *certum* sein, wozu aber nicht gehört, daß gerade eine bestimmte Summe genannt sei, sondern es genügt auch eine relative Bestimmtheit, z. B. „quantum pretii in arca habeo“, l. 7. §. 1. h. t., denn in solchem Falle „magis ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est“ l. 7. cit., vgl. auch l. 7. §. 2, l. 37. h. t. So kann auch unbedenklich die Festsetzung des Preises in das Ermessen eines Dritten gestellt werden, in welchem Falle aber nach einer besondern Dezision Justinians zur Giltigkeit des Geschäfts wesentlich erfordert wird, daß der designirte Dritte auch wirklich den Preis festsetzt, denn geschieht dies nicht, so ist das Geschäft völlig ungiltig, ohne daß das arbitrium boni viri irgend eines Andren hier ergänzend eingreifen dürfte, l. 15. C. h. t., §. 1. J. de emt. et vend., und dasselbe muß konsequent wohl auch dann angenommen werden, wenn der designirte Dritte zwar geschätzt hat, aber so unbillig, daß seine Schätzung umgestoßen werden kann. In das Ermessen eines der Kontrahenten darf die Festsetzung des pretium nicht gestellt werden, denn dies würde ein negotium imperfectum sein, l. 35. §. 1. h. t., l. 13. C. h. t. Wird, was ja oft vorkommt, über das Pretium gar nicht verhandelt, z. B. man nimmt von einem Kaufmanne Waaren aus, ohne nach dem Preise zu fragen, oder man bestellt bei einem Handwerker eine Arbeit u. dgl., so ist nach römischer Ansicht kein Kaufkontrakt vorhanden, §. 1. J. de emt. et vend., pr. J. de loc. et cond. (3, 24), l. 35. §. 1. h. t., l. 2. pr. loc. cond. (19, 2), sondern ein Innominat-Kontrakt, und der, welcher

die Waare geliefert, die Arbeit verfertigt hat, fordert mit der actio praescriptis verbis ein entsprechendes Aequivalent in Geld, wobei aber natürlich, nach den Grundsätzen des arbitrium boni viri, wenn eine manifesta iniquitas vorkommt, eine richterliche Herabsetzung Statt finden kann, l. 79. pro soc. (17, 2). Da übrigens die Erklärung des Kontrahenten, welcher so die Rechnung für eine geschehene Leistung macht, offenbar nicht als bloser Vorschlag zur Eingehung eines Geschäfts angesehen werden kann, sondern den Charakter eines arbitrium boni viri an sich trägt, so ist es unstatthaft, daß derselbe später, wenn etwa keine alsbaldige Befriedigung erfolgt, seine Ansprüche steigert, vgl. auch Thon in der Gießer Zeitschrift X. 7.

c) Daß auch das Pretium *justum* sein, also im Verhältniß stehen müsse zum wahren Werth der Sache, ist im Allgemeinen unwahr, sondern es gilt vielmehr die Regel, daß der Verkäufer so theuer als möglich verkaufen, der Käufer so wohlfeil als möglich kaufen dürfe, l. 16. §. 4. de minor. (4, 4), l. 22. §. 3. loc. (19, 2). Nur, wo gesetzlich Taxen festgesetzt sind, leidet dies begreiflich eine Ausnahme, und ebenso versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß bei der Festsetzung des Preises kein Dolus eingewirkt haben darf, und die Grundsätze über *laesio enormis* gewahrt sein müssen.

II. Wie zwischen Kauf und Tausch die Grenzen schwankend waren, so war dies auch mehrfach zwischen venditio und locatio der Fall. Sehen wir hier von dem Falle der Vergabung zu emphyteutischem Rechte ab, vgl. Gai. III. 145, §. 3. J. de locat. (3, 24), l. 1. C. de jure emphyteut. (4, 66), so trat ein solches Schwanken besonders in dem Falle ein, wenn gegen einen bestimmten Preis Arbeiten verfertigt werden sollten. Doch erhielt bald — gegen die Meinung des Cassius, welcher hier ein doppeltes Geschäft, eine venditio und eine locatio annehmen wollte — die Ansicht die Oberhand, daß, wenn der Verfertiger den Stoff dazu gebe, ein reines Kaufgeschäft, im umgekehrten Falle aber eine locatio conductio angenommen werden müsse, Gai. III. 147, §. 4. J. de loc. et cond. (3, 24), l. 20. h. t., l. 2. §. 1, l. 22. §. 2. loc. (19, 2), vgl. auch l. 65. h. t.

> *Javolen.* „Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtionem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu ejusdem manet, quoties vero et immutatur, et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet".

Wenn Leist in der Gießer Zeitschr. XVII. S. 374 fgg. statt: ut *darem*, convenit lesen will: ut *dares*, convenit, so daß hier der Fall, wenn der dritte Verfertiger den Stoff zu den von ihm zu fabrizirenden tegulae aus meinem Grundstücke nimmt, entschieden und für einen Verkauf erklärt wäre: so scheinen mir die innern Gründe, die Leist hierfür vorbringt, nicht hinreichend zu sein, eine solche Veränderung zu rechtfertigen, und zwar um so weniger, da auch die Basiliken die handschriftliche Lesart unterstützen, vgl. XIX. 1. 63. bei Heimb. II. p. 267. („Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum pro

certo pretio faceres. Si quidem materia tua est, ex qua fiunt, venditio est; si vero ego eam dedi, conductio est; nam in venditione dominium materiae mutatur; in conductione vero ejusdem manet").

b) Verbindlichkeiten der Kontrahenten.

Dig. XIX. 1, Cod. IV. 49. de actionibus emti et venditi.

aa) Verbindlichkeiten des Verkäufers. §. 633.

Ueber den Umfang der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Herausgabe der *commoda rei* siehe insbes. Ihering, Abhandl. Nr. 1. („In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?"), Mommsen, Erörtr. aus d. Obligat. R. H. I. S. 29 fgg.

Ulp. l. 11. §. 2. h. t.: Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, *id est tradere;* quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos venditoris facere cogitur. Vgl. l. 30. §. 1. eod.: — — verum est, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat — —; l. 25. §. 1. de contr. emt. (18, 1): Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.

bb) Verbindlichkeiten des Käufers. §. 634.

Valerian. et *Gallien.* l. 2. C. de act. emti et vend. (4, 49): — — — Fructus quoque perceptos ante venditionem contractam, quos, quum venditioni non accessissent, eundem emtorem invasisse proponis, eodem judicio [venditi actione] reposces. Vgl. l. 29. 30. de contr. emt. (18, 1); Fitting im ziv. Arch. XLVII. S. 287 fg., *Thilo,* de venditi actionis usu quodam speciali. Hal. 1865.

c) Von dem Uebergang des periculum auf den Käufer. §. 635.

Dig. XVIII. 6, Cod. IV. 48. de periculo et commodo rei venditae. Vgl. oben §. 591.

Paul. l. 8. pr. h. t.: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio.

Anm. Die allgemeinen Grundsätze über das periculum bei dem Kaufvertrag, sowohl wenn er purè, als auch, wenn er unter einer Bedingung abgeschlossen ist, sind schon früher dargestellt worden, vgl. oben §. 591. Anm. E. 207 fgg. S. 213 fgg. Hier bleiben noch einige spezielle Punkte zu erörtern übrig.

I. Wenn ein Kauf nach Maaß, Zahl oder Gewicht abgeschlossen wird (vgl. *Gensler*, de emt. vend. quae fit ad mensur. adnumerat. pondusve, vel ad gustum. Jen. 1814, auch übersetzt in Barth's Dissertt. Samml. Bd. I. S. 157 fgg., Glück XVII. S. 168 fgg., Heyer in Gieß. Zeitschr. n. F. XV. S. 1 fgg., Ihering in sein. Jahrbb. IV. S. 366 fgg., Bekker in sein. Jahrb. V. S. 350 fgg., Regelsberger im ziv. Arch. XLIX. S. 183 fgg., *Goose*, de casu quaedam observv. p. 34 sqq. — Thöl §. 73—75, Endemann §. 110, Windscheid, Lehrb. §. 390), so versteht sich zunächst soviel ganz von selbst, daß, wenn ein genus oder eine Quantität ohne alle nähere Individualisirung Gegenstand des Handels ist, von einem Uebergang der Gefahr auf den Käufer schlechthin nur dann die Rede sein kann, wenn bereits eine gehörige Ausscheidung (vgl. über diesen Begriff unten Nr. 3) erfolgt ist, wie z. B. wenn Jemand 10 Stück gesunder Schaafe, das Stück zu so und so viel, oder wenn er 100 Scheffel Korn, den Scheffel zu einem bestimmten Preise erhandelt hat. Wenn aber das genus oder die Quantität näher individualisirt sind, also z. B. Schaafe einer bestimmten Heerde, Wein eines bestimmten Fasses, Korn von einem bestimmten Speicher u. dgl. Gegenstand des Handels sind, so kann dies:

1) so vorkommen, daß das Objekt völlig bestimmt und abgegrenzt ist, wenn nämlich die ganze bestimmt abgegrenzte Menge, z. B. die ganze Heerde, das ganze Faß Wein, der ganze Kornhaufen, erkauft wird. Wird hier auch ein Preis in Bausch und Bogen (per aversionem) für das Ganze festgesetzt, so ist ein gewöhnliches Kaufgeschäft vorhanden, und die Gefahr geht alsbald auf den Käufer über, l. 35. §. 5. de contr. emt. (18, 1):

> *Gai.* „In his, quae pondere, numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento modo ea servantur, quae in ceteris, ut, simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur

perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. *Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus*‘;

vgl. auch l. 1. §. 1. fin., l. 4. §. 1. h. t., l. 2. C. h. t. Soll aber in solchem Falle der Preis noch erst durch das Maaß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden, so wird dies nach der in den Pandekten rezipirten Ansicht mit einem unter der Bedingung des Zumessens u. s. w. abgeschlossenem Kaufgeschäft verglichen (‚quia venditio *quasi* sub hac conditione videtur fieri‘), und es hat demnach noch fortwährend der Verkäufer bis zur wirklichen Zumessung die Gefahr zu tragen, vgl. l. 35. §. 5. cit., wo Gaius unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fortfährt:

‚Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici, quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. (§. 6.) Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus‘.

Wenn umgekehrt manche ältere und neuere Juristen (vgl. z. B. die bei Glück XVII. S. 172 fgg. Angeff., und unter den Neueren Kritz a. a. O. S. 72 fgg.) annehmen, daß, wenn das Ganze verkauft sei, die Gefahr sogleich auf den Käufer übergehe, eben weil hier ja doch die Waare völlig bestimmt, und auch der Preis gewiß, wenn auch noch nicht bekannt sei: so würde sich für eine solche Ansicht aus allgemeinen Gründen allerdings Manches sagen lassen, aber mit den Gesetzen ist sie gewiß unvereinbar, denn die abgedruckte Stelle von dem Falle zu verstehen, wenn Wein, Oel u. dgl. ohne alle Individualisirung nach bestimmten Maaßen verkauft sei, ist m. E. dem ganzen Zusammenhang nach unmöglich, und namentlich widerspricht dieser Auffassung auf das Entschiedenste der §. 6, der schlechterdings nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn eine bestimmte ganze Heerde, das Stück zu so und so viel, gekauft worden ist. Für diese Ansicht kann auch nicht l. 10. §. 1. h. t.:

Ulp. „In libro VII. Dig. Juliani Scaevola notat: Fundi nomine emtor agere non potest, quum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit‘

angeführt werden, denn nichts nöthigt uns, hier einen Kauf zu supponiren, wobei das Pretium noch erst durch die Zahl der abzumessenden Morgen ermittelt

werden soll, sondern gewiß ist hier ein Fall entschieden, wenn ein Landgut zu einem bestimmten Preise erkauft, der Verkäufer aber eine gewisse Zahl Morgen zugesichert hatte. Selbst aber, wenn man hier ohne alle Noth eine venditio ad mensuram unterstellen wollte, so würde doch die Stelle nur sagen, daß der Käufer nicht wegen des Interesse klagen könne, aber nicht auch, daß er das Pretium für die untergegangenen Morgen zahlen müsse. Vgl. auch die Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 465. und bei Glück a. a. O. S. 174 fgg.

2) Es kann aber auch ein Kauf nach Maaß, Zahl oder Gewicht so abgeschlossen werden, daß zwar das Pretium sogleich fest bestimmt ist, aber das Abmessen u. s. w. erforderlich wird, um die Waare zu individualisiren; z. B. es kauft Jemand von einem bestimmten größeren Weinvorrathe 10 Anker, den Anker zu so und so viel, oder was in solchen Fällen augenscheinlich gleich ist, die 10 Anker zusammen zu einem bestimmten Preise; und auch für solche Fälle gilt gleichmäßig die Regel, daß die Gefahr erst mit der gehörigen Ausscheidung der erkauften Quantität auf den Käufer übergeht, l. 35. §. 7. de contr. emt.:

„Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulos eos“,

l. 5. h. t. —

Im Allgemeinen kommen hierbei noch folgende Punkte in Betracht:

1) Es ist bestritten, ob in den vorher betrachteten Fällen blos das periculum interitus, oder ob auch das periculum deteriorationis bei dem Verkäufer bleibe? Nach den Grundsätzen über bedingte Kaufgeschäfte würde das Erstre angenommen werden müssen, aber die Quellen entscheiden für das Letztre; vgl. bes. l. 2. C. h. t.

Alexander Juliano. „Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, *periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit*“,

denn daß hier der Fall entschieden ist, wenn ein bestimmter Weinvorrath ad mensuram gekauft ist, kann namentlich wegen des Zusammenhangs mit der zweiten Hälfte der Stelle, wo vom Kaufe eines Weinvorraths per aversionem die Rede ist, nicht füglich bezweifelt werden, vgl. auch l. 35. §. 7. de contr. emt. („*omne* periculum ad venditorem pertinere“), l. 5 h. t. („*omne* periculum venditoris est“). Doch sind nicht Wenige a. M., und unter den Neueren haben sich namentlich Thöl, Handelsr. §. 75, Mommsen, Beiträge I. S. 342 und Windscheid, Lehrb. §. 390 Anm. 14 für die Unterscheidung des periculum interitus und deteriorationis ausgesprochen. Der Erstre nimmt aber a. a. O. Not. 5. merkwürdiger Weise auf die erste oben abgedruckte Hälfte der l. 2. cit., die m. E. ganz direkt die Frage entscheidet, gar keine Rücksicht, sondern beschränkt sich darauf, ein mögliches argumentum a contrario aus der zweiten Hälfte zu beseitigen, und Mommsen cit. kann die Beweiskraft der

l. 2. cit. nur durch die nicht blos willkürliche, sondern m. E. mit den Worten des Gesetzes ganz unvereinbare Supposition beseitigen, daß sie „ohne Zweifel" auf einen Fall zu beziehen sei, in welchem Jemand aus einem größeren Weinvorrath eine kleinere Quantität gekauft habe, und dann vor der Ausscheidung nur ein Theil jenes Vorraths verdorben, ein andrer Theil aber noch unverdorben sei! Uebrigens ist Windscheid nur für den Fall a. M., wenn als Gegenstand des Kaufs die ganze bestimmte Quantität von Sachen vorkommt, also das Objekt völlig bestimmt ist (vgl. oben No. 1), während er für den andren möglichen Fall, wenn aus einem bestimmten Ganzen nur einzelne Quantitäten erkauft sind, wenn also das Objekt selbst erst noch spezialisirt werden muß (s. oben Nr. 2), ebenfalls annimmt, daß der Käufer vor der Spezialisirung das periculum deteriorationis nicht zu tragen habe (vgl. §. 390 Anm. 9); und dieselbe Unterscheidung scheint auch von Thöl a. a. O. vgl. auch §. 37 Nr. 7 angenommen zu werden. Aber auch im ersten Fall ist kein wirklich bedingter Verkauf vorhanden, wie Thöl und Windscheid mit Unrecht behaupten, sondern das Geschäft wird nur mit einem bedingten verglichen („quasi sub conditione"), s. oben S. 430. und vgl. Goldschmidt in sein. Zeitschr. für Handesr. I. S. 79 fgg. III. S. 303, Bekker a. a. O. S. 368 fgg. S. 398 fgg., Regelsberger a. a. O. S. 188 fgg.

2) Obwohl noch das gesammte periculum bei dem Verkäufer ist, so muß dieser doch auch außerdem noch *custodiam* prästiren, l. 1. §. 1, l. 2. §. 1. h. t. Wenn Manche hierin einen innern Widerspruch finden wollen, so ist dies augenscheinlich unbegründet, indem die Bedeutung jenes Satzes einfach die ist, daß, wenn durch die Schuld des Verkäufers die Verschlechterung oder der Untergang erfolgt, derselbe nicht nur, wie in dem Falle zufälligen Unglücks, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, sondern auch dem Käufer zur Prästation des Interesse verpflichtet ist.

3) Es ist oben bemerkt worden, daß bis zu gehöriger Ausscheidung, bis zu erfolgter Abmessung u. dgl. die Gefahr bei dem Verkäufer bleibe. Daß zu dieser gehörigen Ausscheidung immer wirkliche Erfüllung von Seiten des Verkäufers erforderlich sei (s. g. Erfüllungs Theorie), wie vorzugsweise Ihering a. a. O. ausführlich zu begründen versucht, vgl. auch Windscheid und Gooße und im Wesentlichen auch Bekker a. d. aa. OO., kann m. E. weder aus zwingenden inneren Gründen abgeleitet, noch durch die Gesetze begründet werden. Eben so ist aber auch auf der andern Seite eine blos einseitige Ausscheidung durch Abmessen u. s. w., wie z. B. Heyer a. a. O. und Fick Arch. für Wechselr. VIII. S. 86 fgg. annehmen, keineswegs hinreichend, wie schon daraus hervorgeht, daß in den Gesetzen durchgängig von einem *ad*numeratum, *ad*pensum, *ad*mensum die Rede ist, legg. citt., und von einer mora *emtoris* in mensura facienda gesprochen wird, l. 5. h. t., l. 2. C. h. t. Es ist also der Regel nach eine dem Käufer gegenüber vorgenommene Zumessung oder Zuzählung nöthig (s. g. Ausscheidungs- oder Individualisirungs-Theorie), ohne daß jedoch dabei etwas auf die Anerkennung des Käufers ankäme, wenn nur die ausgeschiedene Spezies akkordmäßig ist, und wobei sich auch von selbst versteht, daß wenn der Käufer die Zumessung schuldvoll

verhinderte, denſelben die Folgen der Mora treffen, legg. citt. Uebrigens kann allerdings der Vertrag auch darauf gerichtet ſein, daß die Ausſcheidung einſeitig von dem Verkäufer vorgenommen werden ſoll, was namentlich dann der Fall iſt, wenn der Vertrag weder darauf geht, daß der Verkäufer die Waare bringe, noch darauf, daß der Käufer dieſelbe abhole, ſondern vielmehr darauf, daß der Verkäufer dieſelbe ſchicken ſolle, wie z. B. wenn ich von einem auswärtigen Fabrikanten eine nach Maaß, Zahl oder Gewicht beſtimmte Parthie von Waaren, die er mir zuſenden ſoll, beſtelle. Aber ſelbſt in ſolchen Fällen genügt doch gewiß zum Uebergang des Periculum das bloſe Faktum der Ausſcheidung nicht; ſondern es iſt dabei noch weiter nöthig, daß an den Käufer von der geſchehenen Ausſcheidung Nachricht abgeſandt, und die ausgeſchiedenen Sachen durch Angabe beſtimmter Merkmale ſo individualiſirt ſind, daß dieſelben dadurch den Charakter einer wieder erkennbaren Spezies erhalten haben. Vgl. auch Thöl, Handelsr. §. 74, Brinckmann, Handelsr. §. 73. S. 292., Endemann und Regelsberger a. d. aa. OO.

II. Was den ſ. g. Kauf auf Beſicht oder auf Probe (ad gustum) anbelangt (vgl. *Gensler* cit., Glück XVII. S. 156 fgg., Cropp in Heiſe's u. Cropp's jur. Abh. I. 12, Thöl Handelsr. I. §. 71, Goldſchmidt in ſein. Zeitſchr. f. d. geſ. Handelsr. I. S. 66 fgg. S. 262 fgg. S. 386 fgg., Fitting ebendaſ. II. S. 203 fgg., Unger ebendaſ. III. S. 386 fgg., Fitting ebendaſ. V. S. 79 fgg. und im ziv. Arch. XLVI. S. 237 fgg. (wo ſich eine Ueberſicht über die 4 zuletzt angeführten Abhh. findet), Brackenhöft in d. Gieß. Zeitſchr. n. F. XVII. S. 305 fgg. — Arndts, Lehrb. §. 301 Anm. 2. 5, Windſcheid, Lehrb. §. 387): ſo muß hierbei, wie insbeſondere Goldſchmidt a. a. O. treffend hervorgehoben hat,

A) vor allen Dingen ein ſpezieller Fall ausgeſchieden werden, für welchen ſich im römiſchen Rechtsleben eine beſondere Theorie gebildet hatte, nämlich der Weinhandel mit vorbehaltener Probe (degustatio); vgl. beſ. l. 1. pr, l. 4. pr. §. 1, l. 15. h. t., l. 34. §. 5. de contr. emt. (18, 1). Bei größeren Weinkäufen nämlich („in doliis", „aversione") war dieſer Vorbehalt ſehr gewöhnlich Cato de R. R. 148, l. 4. §. 1. cit. verb.: „Difficile est autem, ut quisquam sic emat, ut ne degustet", und zwar galten dabei im Weſentlichen folgende Grundſätze:

1) Die Bedeutung dieſer Klauſel war die, daß der Handel dann rückgängig gemacht werden durfte, wenn ſich bei der rechtzeitig vorgenommenen Probe herausſtellte, daß der Wein kahnig oder ſauer geworden ſei: „propter acorem vel mucorem" l. 4. pr. §. 1. de per. et comm. Daß aber der Käufer auch ganz willkürlich vom Handel habe zurücktreten dürfen, iſt mit den angeführten Geſetzen im Widerſpruch, vgl. auch *Cato* cit.: „*viri boni arbitratu* degustato".

2) Durch die Zufügung der Klauſel wird der Kauf zu einem reſolutiv bedingten, l. 34. §. 5. de contr. emt. (18, 1)

„gustus ad hoc proficit, *ut improbare liceat*",

und es verſteht ſich demnach von ſelbſt, daß der Käufer das periculum interitus zu tragen hat.

3) Iſt im Vertrag ein Termin für die Probe angeſetzt, und der Verkäufer

iſt Schuld, daß derſelbe nicht eingehalten wird, ſo bleibt der Handel beſtehen, und der Verkäufer trägt auch noch über den Termin hinaus das periculum acoris et mucoris, l. 4. pr. de per. et comm. Hält aber der Käufer den Termin nicht ein, oder unterläßt er nach der Probe ſeine Mißbilligung auszuſprechen, ſo gilt die Reſol. Bedingung als befizirt und der Handel wird unauflöslich, arg. l. 4. cit., vgl. auch *Cato* cit.: „si non ita fecerit, vinum pro degustato erit". — Iſt kein Termin im Vertrag beſtimmt, ſo ſoll der Käufer die Probe vornehmen, ſobald er kann, d. h. doch wohl, ſobald der Verkäufer ihm durch Vorlegen des Weins die degustatio möglich macht, und verſäumt er dies, ſo iſt die Bedingung befizirt und inſofern kann Ulpian in l. 4. §. 1. de per. et comm. nicht mit Unrecht ſagen: „dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit", vgl. Goldſchmidt S. 93 fgg.

4) Die Behauptung Goldſchmidt's S. 98 fgg., daß im römiſchen Rechtsleben die Klauſel der degustatio beim Weinhandel ſubintelligirt worden ſei, iſt gewiß irrig, vgl. auch Fitting a. a. O. S. 205 fgg., und namentlich geht dies nicht aus der von Goldſchmidt beſ. dafür angeführten vielbeſprochenen (vgl. Glück XVII. S. 159 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 458) l. 1. pr. h. t. hervor, ſ. darüber insbeſondere Fitting S. 214 fgg.

B) Unter ganz andern Grundſätzen, als die dem heutigen Rechtsleben fremde (ſ. auch Goldſchmidt S. 400) vini degustatio ſteht der, auch den Römern wohlbekannte, h. z. T. ſehr häufige Kauf „auf Beſicht" oder „auf Probe", und zwar iſt die weſentlichſte Verſchiedenheit die, daß der Letztre nicht von dem arbitrium boni viri, ſondern von der Willkür des Käufers abhängig iſt — was zwar von Manchen z. B. Schöman Hdb. II. Nr. 4. S. 216 und ſelbſt noch von Unger S. 407 fgg. (obwohl von dieſem mit einer ihm eigenthümlichen Wendung) geleugnet wird, aber ohne allen Grund, vgl. *Gensler* cit. §. 7. not. p., Cropp a. a. O. S. 188 Not. 4, Goldſchmidt S. 117 fgg., Fitting II. S. 223 fg. V. S. 90 fgg. — und daß er alſo nichts iſt, als ein einzelner Fall des Handels nach Belieben; (über die Erklärung der auffallenden Erſcheinung, daß das Geſchäft giltig iſt, obwohl die Exiſtenz deſſelben in den reinen Willen eines Kontrahenten geſtellt iſt, gehen die Anſichten weit aus einander, vgl. Goldſchmidt S. 266 fgg., Fitting II. S. 232 fgg. V. S. 119 fgg., Arch. S. 251 fgg. S. 260 fgg., Windſcheid, Lehrb. §. 93 Anm. 1—4, Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 301 Anm. 5). Dieſer kann aber möglicher Weiſe in drei Geſtalten auftreten, als Kauf unter einer Suspenſiv-Bedingung („si placuerit, erit tibi emtus" §. 4 J. de emt. (3, 23), l. 20 §. 1 de praescr. verb. 19, 5), als Kauf unter einer eigentlichen Reſolutiv-Bedingung, alſo unter einer Reſol. Bedingung mit dinglichen Wirkungen („si displicuerit, erit inemtum" l. 3 de contr. emt. (18, 1), l. 2. §. 5 pro emtore (41, 4); l. 11. §. 13 quod vi aut clam (43, 24), l. 4. C. de aed. ed. 4, 58), und endlich als unbedingter Kauf mit beigefügtem *pactum disciplicentiae*, alſo als Kauf unter einer Reſol.-Bedingung mit blos obligatoriſchen Wirkungen („ut res, si displicuisset, redderetur", l. 6. de resc. vend. (18, 5), l. 20 pr. de praescr. verb (19, 5), l. 31. §. 22 de aed. ed. 21. 1); vgl. Goldſchmidt S. 112 fgg. Wenn hiergegen Fitting a. a. O. S. 240 fgg. auszuführen ſucht, daß die

zweite Gestalt — Kauf unter einer Resol. Bedingung mit dinglichen Wirkungen — in den Quellen nicht vorkomme, und deßhalb überhaupt auch nicht stutuirt werden dürfe, sondern daß dann, wenn die Paziszenten eine Resol. Bedingung beabsichtigten, immer nur eine solche mit obligatorischen Wirkungen angenommen werden dürfe, und folglich die Grundsätze des pactum displicentiae entscheiden müßten: so ist dies m. E. entschieden unbegründet. Bei unbefangener Betrachtung der Gesetze findet sich dieser zweite Fall allerdings dort anerkannt (s. oben); aber, wenn dieß auch nicht der Fall wäre, so ließe sich doch schwer einsehen, warum gerade bei dem Handel nach Belieben die Paziszenten nicht die Macht haben sollten, diese Vertragsform zu wählen, während doch sonst überall ihnen die Wahl zwischen Resol. Bedingung mit dinglichen und obligatorischen Wirkungen frei gegeben ist. Daß der Verkäufer an der Festsetzung der dinglichen Wirkungen gar kein verständiges Interesse haben könne, wie Fitting S. 260 fg. meint, ist jedenfalls dann unwahr, wenn er dem Käufer den Kaufpreis kreditirt hatte. — Welche dieser drei möglichen Gestaltungen nun aber in einem einzelnen Fall wirklich Platz greife, ist natürlich eine reine Interpretations-Frage, nnd eine gesetzliche Vermuthung für die eine oder andere derselben ist nicht begründet. Doch pflegt anerkannter Weise in unserem heutigen Rechtsleben der Abschluß unter einer Suspensiv-Bedingung so sehr die Regel zu bilden, daß wenn eben nur die Ausdrücke „auf Besicht" oder „auf Probe" gebraucht sind, man unbedenklich eine Suspensiv-Bedingung anzunehmen berechtigt ist (vgl. auch HGB. Art. 339 Satz 1), und die von Manchen gemachte Unterscheidung, wornach im ersten Falle für eine suspensive, im zweiten für eine resolutive vermuthet werden solle, vgl. z. B. Puchta §. 360, Brinckmann, Handelsr. §. 84. 85, hat doch wohl den im Rechtsleben herrschenden Sprachgebrauch gegen sich, vgl. auch Thöl a. a. O. 4. Aufl. Not.* und Not. c., Goldschmidt S. 114 S. 431 fgg. — Betrachten wir nun:

1) den gewöhnlichsten Fall, wenn eine Suspensiv-Bedingung beabsichtigt ist, so versteht es sich

a) nach allgemeinen Grundsätzen ganz von selbst, daß das periculum *interitus* bis zu entschiedener Bedingung bei dem Verkäufer ist, und da hier der Eintritt der Bedingung ganz von der Willkür des Käufers abhängt, so versteht es sich auch weiter von selbst, daß auch das periculum *deteriorationis* bei dem Verkäufer bleibt, indem ja der Käufer in solchem Falle nur einfach sein Nichtwollen zu erklären hat.

b) Wenn für die Besichtigung ein Termin festgesetzt ist, und dieser ist ohne Degustation vorüber gegangen, so ist soviel gewiß, daß wenn der Verkäufer die Schuld davon trägt, das gesammte periculum auch noch ferner bei demselben bleibt, l. 4. pr. h. t.:

> *Ulp.* „— — ego autem arbitror — — debere dici, emtionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est";

läßt aber umgekehrt der Käufer die festgesetzte Zeit ungenützt vorüber gehen, so behaupten zwar jetzt die Meisten, daß nun wegen dieser mora emtoris das ganze periculum auf diesen übergehe, vgl. z. B. *Gensler* cit. §. 10., Glück S. 161.

Hasse, Kulpa S. 457., Cropp S. 199., Thöl S. 226. (3. Aufl. S. 302.), Unterholzner S. 254 u. A. m.; aber von einer Mora kann m. E. gar keine Rede sein, da der Käufer zur wirklichen Vornahme der Besichtigung gar nicht verpflichtet ist, denn eben so, wie er besichtigen und dann rein willkürlich den Handel verwerfen kann, darf er auch ohne alle Besichtigung von dem Handel abgehen, und in dem Vorübergehenlassen des Termins kann also gewiß nur ein Wegfall der Bedingung gefunden werden, so daß nun das ganze Geschäft als nicht abgeschlossen angesehen werden muß. Wenn Thöl a. a. O. Note 20. hiergegen einwendet, daß doch eine Mora des Käufers darin bestehe, daß er mit der Erklärung säumig sei, so ist dies schwerlich zutreffend, weil der Käufer auch zu einer ausdrücklichen Erklärung nicht mehr verpflichtet ist, indem in dem Vorübergehenlassen der gesetzten Frist schon thatsächlich die Erklärung liegt, daß er auf den Handel nicht eingehen wolle. S. auch Goldschmid S. 128 fgg., Windscheid §. 387 Anm. 11 und jetzt auch Thöl 4. Aufl. S. 437. — Ist übrigens die Waare dem Käufer bereits übergeben, und dieser läßt die gesetzte Frist ohne Erklärung und Rückgabe der Sache vorübergehen, so muß dieß als stillschweigende Genehmigung des Handels angesehen werden, arg. l. 20. pr. de praescr. verb. (19, 5) vgl. auch HGB. Art. 339 a. E.

c) Wenn kein Termin für die Besichtigung festgesetzt ist, so hat der Käufer dieselbe thunlichst bald vorzunehmen, d. h. sobald ihm der Verkäufer die Waare zum Zweck der Besichtigung oder Probennahme zur Disposition stellt (vgl. auch oben A. 3), und weigert oder versäumet er dann dieselbe, so muß die Bedingung als defizirt angesehen werden, und in Folge davon gilt der Kauf als nicht abgeschlossen, und der Verkäufer kann anderweit über die Waare disponiren.

d) Wenn zwar die Besichtigung geschehen ist, aber der Käufer sich nicht erklärt hat, so glauben zwar Manche, daß jetzt die Bedingung des Vertrags, welche ja nur auf Besicht laute, erfüllt, und der Käufer demnach jetzt vollständig gebunden sei, denn dieser habe sogleich nach Vornahme der Besichtigung, wenn er von dem Vertrage abgehen wolle, sein Mißfallen ausdrücken müssen: aber diese Ansicht ist sicher verwerflich, indem der wahre Sinn jener Bedingung doch offenbar nur der ist, „wenn der Käufer die Waare besichtigt, und er sich damit zufrieden erklärt hat". Fehlt also diese Erklärung, so ist Alles so, wie wenn auch die Besichtigung versäumt wäre (vgl. oben lit. b) und die Bedingung muß also als defizirt angesehen werden.

2) Wenn die Klausel die Bedeutung einer eigentlichen Resol. Bedingung hat, so gelten im Gegensatz zu dem bisher erörterten Fall folgende Grundsätze:

a) Die Gefahr des Untergangs geht alsbald auf den Käufer über, während die Gefahr der Verschlechtrung noch fortwährend bei dem Verkäufer bleibt. Hätte der Käufer vor seiner Erklärung die erkaufte Sache mit dinglichen Lasten (Pfandrechten, Servituten u. s. w.) belegt, so hat er nach der richtigen Bemerkung von Puchta §. 142. Not. c. und Böcking II. §. 156. Not. 24. damit thatsächlich ausgesprochen, daß er die erkaufte Sache behalten wolle, daß sie ihm nicht mißfalle, und da hiernach die Bedingung als defizirt angenommen werden muß, so versteht es sich, daß diese Rechte selbst dann nicht erlöschen,

wenn auch nachher der Verkäufer sich die Wiederauflösung des Handels gefallen ließe. Dieses ist m. E. der Sinn der l. 3 fin. quib mod. pign. (20, 6), und so aufgefaßt erscheint der Einwand Fitting's S. 252 nicht als zutreffend.

b) Ist ein Termin gesetzt, und dieser ist ohne Verschulden des Verkäufers unbenutzt vorübergegangen, so ist die Bedingung defizirt, und das Geschäft ist demnach unauflöslich geworden.

c) Wenn kein Termin anberaumt ist, so hat auch hier wie im Falle der Susp. Bedingung (s. oben l. c.) der Käufer thunlichst bald die Besichtigung oder Probe zum Zweck der Mißbilligung vorzunehmen, und unterläßt er dies, so ist er an den Kauf gebunden.

d) Hat der Käufer zwar die Besichtigung oder Probe vorgenommen, aber keine Erklärung abgegeben, so ist auch in diesem Falle die Bedingung defizirt und das Geschäft unauflösbar geworden.

3) Wenn endlich dem unbedingt abgeschlossenen Kaufgeschäft ein **pactum displicentiae** beigefügt ist, so hat dies natürlich die blos obligatorische Wirkung, daß der Käufer im Falle rechtzeitiger Mißbilligung ermächtigt ist, die erkaufte Sache zurückzugeben und dagegen den Kaufpreis zurückzufordern. Dabei kommen aber noch folgende Besonderheiten vor:

a) Im Falle dieses Nebenvertrags sollen die Grundsätze des Aedilitischen Edikts über die **actio redhibitoria** zur Anwendung kommen, l. 31. §. 24. de aed. ed. (21, 1), und demgemäß hat auch namentlich, ganz anders wie im Falle eigentlicher Resol. Bedingung, noch fortwährend der Verkäufer die gesammte Gefahr zu tragen, l. 31. §. 24 cit. vgl. mit l. 47. §. 1, l. 48 eod.

b) Wenn kein Termin vertragsmäßig angeordnet ist, so tritt eine gesetzliche Frist von 60 Tagen ein, innerhalb deren die Mißbilligung erklärt, und die Rückgabe der Sache an den Verkäufer beschafft sein muß, widrigenfalls der Handel unanfechtbar wird, l. 31. §. 22. 23 eod. —

Von dem bisher besprochenen Kauf *auf Probe* muß übrigens scharf der Kauf *nach Probe* unterschieden werden; dies ist eine pura emtio venditio mit einem dictum promissum, vgl. *Cropp* in seinen und Heise's Abhh. I. 13, *Thöl*, Handelsr. §. 72, *Strippelmann*, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel II. S. 121 fgg., *Hesse* in Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 145 fgg., *Brinckmann*, Handelsr. §. 82, und es versteht sich darnach von selbst, daß sogleich mit dem Abschluß des Geschäfts die volle Gefahr auf den Käufer übergeht; vgl. auch HGB. Art. 340. — „Ein Kauf *zur Probe* ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes", HGB. Art. 341.

III. Wenn eine *fremde* Sache verkauft und vor der Tradition zu Grunde gegangen ist, so muß der Käufer auch in diesem Falle den Kaufpreis bezahlen, und dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn der Verkäufer in dolo versirte, l. 30. §. 1. de act. emt. vend. (19, 1), l. 21. pr. de evict. (21, 2). Wenn *Ihering* in sein. Jahrbb. III. S. 468, vgl. auch *Goose* cit. p. 31, umgekehrt die Regel aufstellt, daß der Käufer vielmehr von der Zahlung des Kaufpreises frei sei, und dies damit begründet, weil in solchem Falle der Verkäufer in Wahrheit gar keinen Schaden leide: so ist dies darum nicht zutreffend, weil nach richtigerer Ansicht der Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht auf den

Gesichtspunkt einer Verpflichtung zum Schadenersatz zurückgeführt werden darf. Die quellenmäßige Argumentation ist vielmehr m. E. folgende: wäre die verkaufte fremde Sache wirklich schon tradirt worden, und erst dann vor etwaiger Eviktion zu Grunde gegangen, so müßte unzweifelhaft der Käufer das volle Pretium zahlen, l. 21. pr. §. 1. de evict. (21, 2), l. 3. 26. C. eod. (8, 45); was aber im Falle wirklich geschehener Tradition Rechtens wäre, das muß auch eintreten, wenn ein rechtmäßiger Aufschub der Uebergabe Statt findet, vgl. oben §. 591. Anm. bei IV. S. 208. Uebrigens wird dadurch, daß Ihering seiner Regel die weitgreifenden Ausnahmen zufügt: wenn der Verkäufer bonae fidei possessor gewesen sei, und wenn er eine ihm geschuldete Sache verkauft habe, die praktische Bedeutung dieser Kontroverse wesentlich gemindert, da ja auch nach unsrer Ansicht im Falle des Dolus kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist. — Eine andre Frage aber ist es, ob nicht unter Umständen der Eigenthümer dem Verkäufer das vom Käufer empfangene Pretium mit einer condictio abfordern könne? Darüber entscheiden die Grundsätze des §. 627. Anm. geg. E. und §. 628. Anm. geg. E., und darnach habe ich z. B. kein Bedenken, daß in dem von Ihering S. 466 fg. angeführten Falle eine solche condictio begründet ist.

IV. Wenn Jemand eine Sache mehrmals hintereinander an verschiedene Personen verkauft hat und die Sache vor der Tradition zu Grunde geht, so kann der Verkäufer von einem Jeden der mehreren Käufer, nach seiner Wahl, das Pretium fordern, aber m. E. unzweifelhaft immer nur von Einem, so daß, wenn er den Kaufpreis von dem Einen erhalten hat, und er ihn dann nochmals von dem Andern fordern wollte, er durch exceptio doli zurückgewiesen wird; und hätte der Andre doch wirklich irrthümlich gezahlt, so kann auch das Gezahlte mit condictio indebiti zurückgefordert werden. Es folgt dies nicht nur aus den, den Kaufvertrag beherrschenden, Grundsätzen der bona fides, denn „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", l. 57. de R. J., vgl. auch l. 51. §. 1. de re jud. (42, 1): „Et puto, improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit" — und eine sprechende, unsrem Falle ganz analoge Anwendung davon finden wir bei einem andren contractus bonae fidei, bei dem Miethvertrag in l. 19. §. 9. loc. (19, 2) —, sondern es geht dies auch konsequent aus dem oben in §. 591. Anm. S. 211. angedeuteten Prinzip über das periculum emtoris hervor. Da nämlich selbstverständlich der Verkäufer nur Einem der mehreren Käufer die verkaufte Sache tradiren kann, so kann auch nur Einem gegenüber der Grundsatz geltend gemacht werden, daß er das Pretium eben so zahlen müsse, wie wenn die Tradition erfolgt wäre. Im Resultate stimmen hiermit auch überein Ihering in sein. Jahrbb. III. S. 449 fgg., bes. S. 474 fgg., *Goose* cit. p. 31 sqq., Windscheid, Lehrb. §. 390. Anm. 17, welcher Letztere jedoch insofern abweicht, daß seiner Ansicht nach nicht der Verkäufer die Wahl habe, sondern immer der erste Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sei, eine Abweichung, für die es m. E. an zutreffenden Gründen fehlt — wie der Verkäufer vor dem Untergang der Sache die Wahl hat, welchem der mehreren Käufer er tradiren will, so hat er auch nach deren Untergang die Wahl, welchem gegenüber die Tradition wie geschehen angesehen werden soll —,

und die überdies keine ausreichende Entscheidung gewährt, da es leicht vorkommen kann, daß die mehreren Verkäufe ganz gleichzeitig geschehen, oder doch nicht ermittelt werden kann, welcher der mehreren Käufe der frühere ist. Daß dann, wenn die Sache erst untergeht, nachdem sie Einem der Käufer tradirt worden ist, immer dieser und gerade nur dieser zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, kann nach der obigen Ausführung nicht zweifelhaft sein, vgl. auch Ihering (S. 470), *Goose* und Windscheid a. d. aa. OO. — Wenn man nicht selten, im Gegensatz zu der vorausgehenden Darstellung, es als Grundsatz des römischen Rechts ansah, daß wirklich der Verkäufer von sämmtlichen Käufern das Pretium fordern könne (!), vgl. z. B. noch Ihering, Abhandll. S. 59, Stoffregen in Dorpater jur. Studien. Dorp. 1849. Nr. 3. S. 84 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 298. Not. 16, Erörtr. I. S. 110, und sich dafür wohl auch auf l. 21. de hered. vend. (18, 4) berief: so ist dies gänzlich unbegründet, und namentlich spricht Paulus in l. 21 cit. in dem hier entscheidenden Passus: „nam si eundem hominem" rel. nur den Gedanken aus, daß der erste Käufer nicht berechtigt sei, das vom Verkäufer aus dem zweiten Verkaufe erlöste Pretium als commodum rei mit der actio emti in Anspruch zu nehmen; von unsrer Frage, von wem der Verkäufer mit der actio venditi das Pretium fordern könne? spricht hier Paulus mit keinem Worte, s. auch Ihering S. 453 fg. —

Ueber die bestrittene, m. E. unbedenklich zu bejahende (s. auch arg. l. 13. §. 12. de act. emt. vend. 19, 1 und l. 16. de aqua et aquae pluv. arc. 39, 3) Frage: „über den Anspruch des Käufers einer versicherten, nach Perfektion des Kaufvertrags durch Zufall untergegangenen Sache auf die Zession des Versicherungsanspruches" s. Lippmann in Ihering's Jahrbb. VII. S. 21 fgg. und Kuntze bei Holzschuher III. S. 825 fg.

d) Von dem Verkauf durch Versteigerung. §. 636.

Cod. X. 3. de fide et jure hastae fiscalis et de adjectionibus. — *Seuffert*, de auctione. Monach. 1854, Merkel im Rechtslex. X. S. 600 fgg., Kindervater in Ihering's Jahrbb. VII. S. 1 fgg. S. 356 fgg., Ihering ebendas. S. 166 fgg. S. 376 fgg., Unger ebendas. VIII. S. 134 fgg., Regelsberger, Vorverhandlungen S. 162 fgg.

Anm. Bei dem Verkauf durch Versteigerung (auctio, subhastatio, licitatio; vgl. über diese verschiedenen Namen die Quellennachweisungen bei *Seuffert* cit. p. 4 sqq.) kommen hauptsächlich folgende bestrittene Punkte in Betracht:

1) Streitig ist es, ob der Versteigerer schlechthin an das höchste Gebot gebunden, oder ob er nicht vielmehr berechtigt ist, auch dem Meistbieter den Zuschlag zu verweigern? Kindervater a. a. O. S. 5 fgg. S. 364 fgg. unterscheidet zwischen römischem und heutigem Rechte; nach röm. Rechte habe man das Letzte annehmen müssen, weil ein Vertragsabschluß mit einer persona incerta

unstatthaft gewesen sei; nach heutigem Rechte aber sei diese Schranke hinweggefallen, und es müsse also jetzt umgekehrt das Erstre als Regel anerkannt werden; vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 252. und Vorl. ad h. l. Dagegen sucht Ihering a. a. O. S. 167 fgg. S. 172 fgg. S. 378 fgg. auszuführen, daß das Erstre weder nach römischem noch nach heutigem Rechte möglich sei, und also auch h. z. T. immer das Letztre — also Ungebundenheit des Versteigerers — angenommen werden müsse. M. E. geht Ihering hierin entschieden zu weit, indem die rechtliche Möglichkeit der andren Auffassung sich wohl schon nach römischem Rechte vertheidigen läßt, vgl. auch Savigny, Obligat. II. S. 92, und nach deutschem Rechte ganz unbedenklich angenommen werden muß, vgl. oben §. 603. Anm. 2. S. 256. Hieraus ergiebt sich, daß h. z. T. in jedem einzelnen Falle die erweisliche Willensmeinung des Versteigerers entscheiden muß. Läßt sich diese nicht ermitteln, so sprechen ganz entscheidende Gründe (vgl. darüber beſ. die schlagenden Ausführungen von Ihering a. d. aa. OO.) für die Präsumtion, daß der Versteigerer freie Hand behalten wollte, den Zuschlag zu ertheilen oder zu verweigern, und dies ist denn auch die in der Theorie und in der Praxis entschieden vorherrschende Lehre, vgl. z. B. außer Ihering cit. auch noch *Seuffert* p. 13 sqq., Merkel S. 615. Not. 80, Regelsberger S. 169 fgg. — Schweppe, Hdb. III. §. 422, Wening, Lehrb. II. §. 260, Sintenis §. 96. Not. 23, Kuntze zu Holzschuher III. S. 751, Keller §. 223, Windscheid §. 309. Not. 17 u. A. m. Auch die Ansicht von Unger a. a. O., daß wenigstens dann, wenn bei der Versteigerung ein Ausrufspreis proklamirt worden sei, der Versteigerer gebunden sei, den Zuschlag zu ertheilen, wenn dieser oder ein höherer Preis geboten werde, läßt sich schwerlich als durchgreifende Regel rechtfertigen, da solche Ausrufspreise sehr oft nur zu dem Zwecke der Abkürzung des Versteigerungs-Akts proponirt werden, s. auch Regelsberger S. 171.

2) Wenn nun eine Versteigerung in der eben angedeuteten gewöhnlichen Weise vorkommt, also der Versteigerer nicht zum Zuschlag verpflichtet ist, so kann selbstverständlich die Aufforderung desselben nicht als Vertrags-Angebot aufgefaßt werden, sondern nur als eine Aufforderung an Kauflustige, ihrerseits Vertrags-Angebote zu stellen, so daß jedes Gebot nur als Antrag in dem technischen Sinne d. W. (s. oben §. 603. Anm. 1. bei Nr. 1. S. 250.) erscheint, welcher erst dann zu einem bindenden Vertrage wird, wenn der Versteigerer denselben acceptirt, also den Zuschlag ertheilt. Dabei ist noch zu beachten:

a) Nach den allgemeinen Grundsätzen über Anträge zu Verträgen hat der Anträger bis zur Annahme von Seiten des Beantragten das Recht, seinen Antrag zurückzuziehen, und demgemäß nehmen Viele an, daß auch bei Versteigerungen der Bieter sein Gebot bis zu erfolgtem Zuschlag beliebig zurücknehmen dürfe, vgl. z. B. Schweppe, Hdb. III. §. 422, Wening, Lehrb. II. §. 260, Göschen, Vorl. §. 506, Merkel a. a. O. S. 616 u. A. m. Da aber dadurch offensichtlich die ganze Versteigerung sehr leicht vereitelt werden könnte, so ist, gewiß mit Recht, die entgegengesetzte Meinung in der Theorie und Praxis die entschieden vorherrschende geworden, vgl. z. B. Glück XVI. S. 269. und die da Angeff., *Seuffert* p. 16 sqq., Kindervater S. 7 fgg., Ihering S. 167.

S. 178, Regelsberger S. 173 fgg. — Sintenis §. 96. Anm. 22, Holzschuher III. §. 283 zu 7, Keller §. 223. u. A. m., und es ist also hier einer der Fälle vorhanden, in denen ein stillschweigendes Versprechen eines Anträgers, von dem Antrage nicht zurückzutreten, angenommen werden muß (vgl. oben §. 603. Anm. 1. Nr. 7. S. 253). Nur versteht es sich von selbst, daß diese Gebundenheit aufhört, wenn der Versteigerer den Zuschlag ungebührlich verzögert; hat sich derselbe in den Auktions-Bedingungen eine Frist vorbehalten, so ist diese natürlich abzuwarten; abgesehen davon muß der Zuschlag vor Ablauf des Versteigerungs-Termins ertheilt sein, widrigenfalls der Meistbieter nicht mehr an sein Gebot gebunden ist, *Seuffert* p. 18 sq., Kindervater S. 8, Regelsberger S. 183; vgl. auch Seuffert's Arch. VI. 183, XI. 34.

b) Man streitet darüber, ob ein Bieter durch ein erfolgendes Mehrgebot eo ipso entbunden werde, oder ob der Versteigerer doch immer auf den früheren Bieter zurückgreifen dürfe? Wenn Manche das Letztre annehmen, vgl. z. B. Glück XVI. S. 269, Unterholzner I. S. 54, Koch III. §. 331, Jhering S. 168. 170 fgg. S. 387 fgg., und sich dafür wohl auch auf die gesetzliche Entscheidung in l. 9, l. 14. §. 2. de in diem add. (18, 2) berufen: so beruht dieses Letztre auf dem früher nicht selten vertheidigten, aber unzweifelhaft irrigen Gedanken, daß die Versteigerung auf eine tacita addictio in diem zurückgeführt werden müsse, vgl. dagegen *Seuffert* p. 11 sqq., Kindervater S. 13 fg., Regelsberger S. 175 fgg. Die Wahrheit ist vielmehr, daß unsre Frage gesetzlich nicht entschieden ist, und da nach allgemeinen Grundsätzen das Eine wie das Andre rechtlich möglich ist, so hängt Alles davon ab, welche Ansicht im Rechtsleben vorherrscht, und eben darum im Zweifel als der vermuthlichen Intention der Interessenten entsprechend angenommen werden muß. Hiernach muß man sich aber wohl unzweifelhaft für die erstre Ansicht, also dafür entscheiden, daß das frühere Gebot von selbst durch das Mehrgebot hinfällig wird, vgl. auch *Seuffert* p. 11. 20, Kindervater S. 9. 13. 357 fgg. 371 fgg., Regelsberger S. 175 fgg. — Sintenis §. 96 bei Anm. 22, Windscheid §. 309. Anm. 18. Das allerdings nicht unbegründete Bedenken, welches man hiergegen vorzubringen pflegt, und welches von Jhering a. d. aa. OO. mit besonders lebhaften Farben ausgeführt ist — daß in Folge hiervon durch frivole, vielleicht auch bezahlte, völlig insolvente Mehrbieter sehr leicht die ganze Versteigerung nutzlos wird —, hat doch im Grunde nur Gewicht, wenn besonders werthvolle Gegenstände, etwa Immobilien, kostbare Kunstschätze u. dgl. zur Versteigerung kommen, und in solchen Fällen pflegt demselben in praxi die Spitze dadurch abgebrochen zu werden, daß Bieter nur unter besondren Garantieen zugelassen werden. Regelsberger S. 178 fgg., wenn ich ihn recht verstehe, will, um der angedeuteten Inkonvenienz abzuhelfen, dem Versteigerer das Recht einräumen, ein Mehrgebot in continenti wegen Insolvenz des Bieters zurückzuweisen, in welchem Falle dann das unmittelbar vorausgehende Gebot in Kraft bleibe; sollte aber dessen Meinung dahin gehen, daß die behauptete Insolvenz auch in continenti erwiesen werden müsse, so würde diese Auskunft nur in den seltensten Fällen anwendbar sein; wird aber kein Beweis verlangt, so würde dadurch in Wahrheit dem Versteigerer das unbeschränkte Recht eingeräumt, jedes

Mehrgebot zurückzuweisen. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß gegen denjenigen, welcher arglistig einen insolventen Mehrbieter aufstellt, um sich zu liberiren, die actio doli auf Schadensersatz angestellt werden kann, vgl. auch l. 14. §. 1. de in diem add. (18, 2).

3) Wenn eine Versteigerung ausnahmsweise in der Art abgehalten wird, daß dabei der Versteigerer zum Zuschlag an den Meistbieter verpflichtet sein will, so erscheint schon die Aufforderung dazu als ein wahrer Antrag, und jedes Gebot als eine Annahme dieses Antrags, wodurch sogleich ein sowohl den Bieter wie den Versteigerer bindender Vertrag entsteht, jedoch ein Vertrag unter der stillschweigenden Suspensiv-Bedingung: wenn kein Mehrgebot erfolgen werde. In solchem Falle versteht es sich denn auch ganz von selbst, daß der Bieter kein Reuerecht hat, so wie auch auf der andren Seite es ganz unzweifelhaft ist, daß mit jedem Mehrgebot seine Haftung, wegen defizirender Bedingung, wegfällt. Zwischen diesem Falle und den Fällen bei No. 2. ist also kein weiterer praktischer Unterschied begründet, als nur der eine, freilich wesentliche, daß hier der Vertrag schon mit dem Meistgebot zur Perfektion gekommen ist, und der — nicht zu verweigernde — Zuschlag nicht die Bedeutung hat, den Vertrag zum Abschluß zu bringen, sondern nur die, den Abschluß desselben zu konstatiren.

4) Es kommt nicht selten vor, daß ein Kauflustiger andre Konkurrenten abfindet, um sie von Mehrgeboten abzuhalten, und ihm dann auch wirklich der Zuschlag ertheilt wird. Bei der Frage, ob in solchem Falle der Versteigerer das abgeschlossene Geschäft wegen Dolus des andren Kontrahenten anfechten dürfe? muß m. E. zwischen den beiden Fällen bei Nr. 2. und 3. unterschieden werden. Während im letztren Falle, wenn der Versteigerer zur Ertheilung des Zuschlags an den Meistbieter verpflichtet war, die Rezissionsklage augenscheinlich begründet ist, verhält es sich im erstren Falle, wenn der Versteigerer freie Hand hatte, den Zuschlag zu verweigern, umgekehrt, und ich kann der Ansicht von Regelsberger S. 191, welcher allgemein die Anfechtung des Vertrags zulassen will, nicht beistimmen. — Umgekehrt kommt es auch vor, daß der Versteigerer, um einen höhern Preis zu erzielen, Scheinbieter aufstellt, um die Gebote hinaufzutreiben. Auch hier versteht es sich m. E. von selbst, daß der Meistbieter dadurch nicht berechtigt wird, von dem abgeschlossenen Geschäfte zurückzutreten, obwohl auch in dieser Beziehung Regelsberger S. 192. a. M. ist; aber eine andre Frage dabei ist die, ob nicht dann, wenn der Versteigerer sich schlechthin zum Zuschlag an den Meistbieter verpflichtet hat (Fall Nr. 3), der Vorbieter berechtigt ist, den Zuschlag Trotz des Mehrgebots zu verlangen, und dieses Recht muß ihm allerdings eingeräumt werden, da ja in solchem Falle ein wirkliches Mehrgebot in Wahrheit gar nicht vorhanden ist.

5) Ich habe nur von dem Verkauf durch Versteigerung gesprochen. Es kann aber diese Form des Vertrags-Abschlusses auch bei andren Verträgen vorkommen, z. B. bei Mieth- und Pachtverträgen, und namentlich häufig wird sie bei der locatio operis angewendet. Es bedürfen aber diese Fälle keiner besonderen Darstellung, da dabei vollständig die im Obigen entwickelten Grundsätze gelten.

6) Schließlich ist noch zu bemerken, daß, da die Versteigerung nicht eine besondre Art von Verträgen, sondern nur eine besondre Form für das Zustande-

kommen eines Vertrags ist, dabei nur Eigenheiten bis zu dem Zeitpunkte der Perfektion desselben vorkommen. Ist der Vertrag wirklich abgeschlossen, so treten vollständig die gewöhnlichen Grundsätze ein, und wenn auch hier nicht selten Besonderheiten angenommen werden, z. B. in Betreff der Haftung wegen heimlicher Mängel, wegen Eviktion, wegen Verletzung über die Hälfte: so fehlt es solchen Behauptungen an jedem haltbaren Grunde.

e) Von den vorzüglichsten Nebenverträgen bei dem Kaufgeschäft. §. 637.

Dig. XVIII. 1. [de contr. emt. et] de pactis inter emtorem et venditorem compositis; Cod. IV. 54. de pactis inter emtor. et venditorem compositis. Unterholzner II. S. 219 fgg., *Molitor* II. p. 142 sqq. — Dig. XVIII. 2. de in diem addictione. Glück XVI. S. 239 fgg. und die dort in Not. 5. Angeff. — Dig. XVIII. 3. de lege commissoria, Glück XVI. S. 271 fgg. und die dort in Not. 64. Angeff., Wolff, Mora S. 76 fgg., Burckhard im ziv. Arch. LI. S. 151 fgg. — Ueber das pactum de retrovendendo s. auch Strippelmann, Entsch. des O. A. G. zu Kassel VI. S. 255 fgg.

1) *Paul.* l. 1. de in diem addict.: In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat. — 2) *Idem* l. 2. §. 4. pro emtore (41, 4): Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem conditionem attulit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.

3) *Paul.* l. 2. §. 3. pro emtore (41, 4): Sabinus, si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — 4) *Ulp.* l. 1. de lege comm.: Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

B) Tauschvertrag. §. 638.

Dig. XIX. 4. de rerum permutatione, Cod. IV. 64. de rer. permutatione et de praescriptis verbis actione. — Glück XVIII.

S. 112 fgg., Unterholzner II. S. 300 fgg., Koch III. S. 682 fgg., *Molitor* II. p. 169 sqq., Heimbach im Rechtslex. X. S. 709 fgg., Sintenis II. §. 115.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emtor enim, nisi numos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius; sed quum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis. §. 1. Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. §. 2. Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione, mandato. §. 3. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. §. 4. Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.

2) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 2. C. h. t.: Permutationem re ipsa, utpote bona fide constitutam, sicut commemoras, vicem emtionis obtinere, non est juris incogniti.

C) Trödelvertrag. §. 639.

Dig. XIX. 3. de aestimatoria. — Glück XVIII. S. 61 fgg., Unterholzner II. S. 303 fgg., Koch III. S. 832 fgg., Sintenis II. §. 117. — Chambon, Beiträge Bd. I. S. 1 fgg., Brinz, krit. Blätter Nr. 1. — S. auch Strempel, über die justa causa S. 53 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Aestimatio periculum facit ejus,

qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. — 2) *Idem* l. 5. §. 3. commodati (13, 6): Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praesiturum recepit. — 3) *Idem* l. 17. §. 1. praescript. verb. (19, 5): Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor [?*Schilling* animadvv. critt. spec. I. p. 5. will *venditionem*, Huſchke in G. Z. N. F. IV. S. 286 *venditum* leſen: das Natürlichſte wäre unzweifelhaft: vendendum] rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. S. auch Mommſen, Beiträge I. S. 280 fgg.

2) Pacht- und Mieth-Verträge und damit verwandte Obligations-Verhältniſſe.

A) Locatio conductio.

Inst. III. 24. [25] de locatione et conductione, Dig. XIX. 2. locati conducti, Cod. IV. 65. de locato et conducto. — Glück XVII. S. 263 fgg. und die dort in Not. 3. zahlreich Angeſſ., XVIII. S. 1 fgg., Kritz, Pandektenrecht Th. I. Bd. 2. S. 191 fgg., Hermann, der Miethvertrag hauptſächlich in Beziehung auf Wohnungen. Dresden 1840, Weiske's Rechtslex. VII. S. 735 fgg. — Unterholzner II. S. 316 fgg., Koch III. S. 729 fgg., *Molitor* II. p. 175 sqq., Sintenis II. §. 118. Vgl. auch Friedlieb, die Dinglichkeitsſtiftung des Mieth- und Pachtrechts; in der Gieß. Zeitſchr. N. F. XIX. S. 434 fgg., Ziebarth, die Realexekution und die Obligation mit beſ. Rückſicht auf die Miethe. Halle 1866, Degenkolb, Platzrecht und Miethe; Beiträge zu ihrer Geſchichte und Theorie. Berl. 1867. S. 125 fgg.

a) Locatio conductio rerum.

aa) Begriff und Erforderniſſe. §. 640.

1) *Gai.* l. 2. pr. h. t.: Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit; nam ut

emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. — 2) *Paul.* l. 1. h. t.: Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio.

3) *Gai.* l. 25. §. 6. h. t.: — — Apparet autem, de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. — Cf. l. 8. 21. C. h. t., l. 8. C. de pact. (2, 3), Glück XVII. S. 331 fgg., Gesterding, Nachforsch. Bd. IV. Abth. 1. S. 141 fgg., Sintenis Anm. 4.

bb) Verbindlichkeiten der Kontrahenten.

aaa) Verbindlichkeiten des Vermiethers. §. 641.

Hallwachs im prakt. Arch. V. S. 349 fgg.

1) *Ulp.* l. 9. pr. h. t.: Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem. Vgl. Müller, Eviktion I. S. 123 fgg.

2) *African.* l. 33. h. t.: Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis, nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim; nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne is faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu pro-

hibere propter vim majorem, aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis [l. 34. Gai.] perinde ac latronum incursu id acciderit. [l. 35. Afric.]. Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

3) *Ulp.* l. 19. §. 1. h. t.: Si quis dolia vitiosa ignorans locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata, et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si sciisti; si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.

Anm. 1. Der allgemeine Grundſatz, daß der Lokator dafür einzuſtehen hat, daß dem Konduktor die Benutzung der gepachteten Sache möglich ſei („conductori frui, quod conduxit, licere"), führt von ſelbſt zu dem weiteren Satze, daß, wenn ein fruchttragendes Grundſtück verpachtet iſt, und wegen außerordentlicher Ereigniſſe nur ein geringerer Fruchtertrag erzielt werden konnte, als mit Recht zu erwarten ſtand, der Verpachter ſich eine verhältnißmäßige Verkürzung des Pachtgeldes gefallen laſſen muß, vgl. l. 15. §. 2—7, l. 25. §. 6. h. t., l. 8. C. h. t., cap. 3. X. de loc. (3, 18), Glück XVII. S. 447 fgg. und die dort Angeff., Albert, über Remiſſions-Entſagung d. Pachters. Halle 1821. S. 29. fgg., Schweppe in ſein. jur. Magaz. H. 1. Nr. 4, Kritz a. a. O. S. 261 fgg., Sell im ziv. Arch. XX. 8., Weiſke's Rechtslex. VII. S. 776 fgg., Jacobi, über Remiſſion d. Pachtzinſes nach röm. und preuß. R. Weimar 1856, Sintenis II. §. 118 Not. 73 fgg. Bei dieſer remissio mercedis kommen aber beſonders folgende Punkte in Betracht:

1) Vor allen Dingen werden hierbei außerordentliche Unglücksfälle („extra consuetudinem" l. 15. §. 2. h. t.), die der Pachter abzuwenden außer Stand war, vorausgeſetzt („vis, cui resisti non potest" l. 15. §. 2. cit., „vis major" l. 25. §. 6. h. t.), und zwar gehören dahin nicht nur außergewöhnliche Naturereigniſſe (Ueberſchwemmung, Hagelſchlag, Sonnenbrand u. ſ. w.), ſondern z. B. auch Beſchädigungen im Kriege und bei räuberiſchen Ueberfällen, l. 15.

§. 2. cit. Geht dagegen die Unergiebigkeit des Grundstücks aus der schlechten Lage oder sonstigen schlechten Beschaffenheit desselben hervor, wie z. B. bei Ufergrundstücken, bei denen es nach ihrer Lage etwas Gewöhnliches ist, unter Wasser gesetzt zu werden, oder bei Grundstücken mit schlechtem Erdreich, bei Weinbergen mit alten Weinstöcken u. dgl., so kann von einer remissio mercedis keine Rede sein. Vgl. auch Jacobi S. 33 fgg., Emminghaus in d. Sächs. Ztschr. f. Rechtspfl. N. F. XV. S. 193 fgg.

2) Durch diese außergewöhnlichen Ereignisse muß die Perzeption der Früchte verhindert worden sein, denn wenn einmal die Perzeption geschehen, und damit das Eigenthum für den Pachter erworben ist, so ist von Seiten des Verpachters Alles geleistet, was ihm oblag, und es tritt der reine Grundsatz ein: damnum sentit dominus. Wenn Viele die Perzeption der Früchte erst dann für vollendet halten, wenn die Früchte eingescheuert, oder gar, wenn sie ausgedroschen und auf den Boden gebracht sind, vgl. die Nachweisungen bei Glück S. 458 fgg., so ist dies zwar gewiß irrig, aber es ist eine solche Meinung doch wenigstens begreiflich. Wenn aber Andere so weit gehen, daß sie den Verpachter auch für solche Unglücksfälle haften lassen wollen, welche die Früchte in der Zwischenzeit von der Erndte bis zur neuen Erndte treffen, weil erst dann die volle Perzeption angenommen werden könne, wenn dem Pachter genügende Zeit gelassen sei, die Früchte zu versilbern, und dadurch das Pachtgeld zu gewinnen, vgl. die Nachweisungen bei Glück S. 459, so beruht dies augenscheinlich auf einer so völlig verwerflichen Verrückung des juristischen Standpunkts, daß eine Widerlegung überflüssig erscheint, vgl. z. B. dagegen Glück S. 460 fgg., Albert a. a. O. S. 37 fgg., Jacobi S. 23 fgg. u. A. m.

3) Der Schaden muß ein beträchtlicher sein, l. 25. §. 6. h. t.:

Gai: „Vis major — — — non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est laesi fuerint fructus, alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur".

Wann übrigens der Schaden als ein so bedeutender angesehen werden könne, daß deßhalb eine remissio mercedis gerechtfertigt sei, hängt von dem Ermessen des Richters ab, und die oft vertheidigte Meinung, daß dabei die Grundsätze über laesio enormis einen Anhaltspunkt abgeben müßten, ist ganz grundlos, indem auch nach der möglichst weiten Ausdehnung der l. 2. C. de resc. vendit. doch immer ein Schaden vorausgesetzt wird, welcher aus dem Kontrakte selbst, nicht aber aus einem nach Abschluß des Kontrakts eingetretenen casus hervorgeht; vgl. auch Glück S. 465 fgg., Jacobi S. 40 fgg.

4) Wenn die Pachtzeit mehrere Fruchtperioden umfaßt, so gilt die Regel, daß die sterilitas der einen mit der ubertas der andren kompensirt werden muß, l. 15. §. 4. h. t., l. 8. C. h. t. Geht das Mißjahr den guten Jahren vorher, so kann der Verpachter nachher unbedenklich das erlassene Pachtgeld nachfordern, selbst wenn er den Nachlaß unter dem Titel einer Schenkung bewilligt haben sollte. Folgt aber das Mißjahr den guten Jahren nach, und der Verpachter, statt die remissio mercedis zu verweigern, versteht sich dennoch zu einem Nachlaß, so steht ihm, wenn er den reichen Ertrag der früheren Jahre nicht gekannt

hat, eine condictio zu, während im umgekehrten Falle er als Schenker angesehen werden muß, und also eine Nachforderung nicht Statt findet l. 15. §. 4. cit. Jacobi S. 52 fgg.

5) Treffen die bisher angegebenen Voraussetzungen zusammen, so kann der Pachter nichts weiter, als eine verhältnißmäßige Verkürzung des Pachtgeldes verlangen, l. 15. §. 7. h. t.

„Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata".

Es muß also durch Sachverständige der regelmäßige Fruchtertrag festgestellt und damit der wirkliche, durch die Unglücksfälle verminderte Ertrag in Vergleich gebracht werden, und wie diese beiden zu einander sich verhalten, so verhält sich das vertragsmäßige Pachtgeld zu dem wirklich zu zahlenden. Setzen wir also z. B. der regelmäßige Ertrag beträgt 100 Scheffel, und es ist ein Pachtgeld von 30 bedungen; wenn hier nun wegen Hagelschlags nur 60 Scheffel geerndet werden, so sagen wir einfach

$$100 : 60 = 30 : 18$$

und es werden also jetzt Statt 30 nur 18 als Pachtgeld zu zahlen sein. Wie hiernach die Rechnung zu stellen ist, wenn die ubertas früherer oder späterer Jahre mit der sterilitas des einen kompensirt werden soll, versteht sich von selbst. Vgl. auch v. Florencourt, Abhh. aus der jurist. und polit. Rechenkunst S. 250 fgg., Jacobi S. 43 fgg. Im Allgemeinen ist aber hier noch zu bemerken, daß die wegen des Unglücksfalls unnütz aufgewendeten Bestellungskosten immer dem Pachter verloren gehen, und also darauf bei der remissio mercedis schlechthin keine Rücksicht zu nehmen ist, l. 15. §. 2. 7. h. t., Jacobi S. 47 fgg.

6) Es kommt oft vor, daß ein Pachter ausdrücklich „auf alle Remission verzichtet", oder was gleichviel ist, „daß er alle Unglücksfälle übernimmt". Eine solche Klausel muß nun im Zweifel immer nur auf die in dem Obigen dargestellte remissio mercedis wegen solcher Unglücksfälle bezogen werden, welche die Früchte treffen, nicht aber auch auf den rechtlich ebenfalls begründeten Nachlaß wegen eines die verpachtete Sache selbst treffenden Unglücksfalls, und wenn also z. B. durch ein Erdbeben ein Acker ganz vernichtet würde u. dgl, so kann der Pachter dennoch Trotz jener Klausel einen Nachlaß begehren, vgl. bes. Albert a. a. O. S. 48 fgg. Dagegen ist die Behauptung vieler Praktiker, daß auch in einem solchen Verzicht die ganz ungewöhnlichen Zufälle, die s. g. casus insolitissimi, nicht begriffen seien, völlig grundlos, Albert a. a. O. S. 66 fgg., Jacobi S. 58 fgg.

Anm. 2. Ob der Vermiether oder der Miether die Einquartirungs-Lasten zu tragen habe, ist sehr streitig, vgl. Glück XVII. S. 395 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Schweppe, ziv. Magaz. Heft I. Nr. 5, Unterholzner II. S. 336 Not. e., Koch III. S. 742 fgg., Sintenis Anm. 69 — Kritz a. a. O. S. 246 fgg., Hermann a. a. O. §. 74 fgg. Gewiß muß man zwischen Kriegs- und Friedens-Zeiten unterscheiden. Im letzteren Falle sind die gewöhnliche Einquartirung und die damit gewöhnlich verbundenen kleineren Prästationen — (Holz, Licht, Salz und Pfeffer) — eine Real-, nicht eine Personal-Last, und sie

gehen also, abgesehen von besonderen Verabredungen den Miether durchaus nichts an; vgl. auch l. 3. §. 14. de muner. (50, 4), l. 11. de vac. et exc. muner. (50, 5), l. 3. C. de mun. patr. (10, 41), l. 2. C. de metat. (12, 41). Im Kriege muß aber zwischen den, den Raum beengenden Einquartirungen und anderweiten Einquartirungs-Kosten und feindlichen Requisitionen unterschieden werden. In Betreff der ersten kann nach allgemeinen Grundsätzen der Miether theilweisen Nachlaß des Miethsgelds fordern, aber nicht auch in Betreff der anderweiten Kosten; denn diese sind freilich wohl auf Veranlassung der Miethe für den Miether entstanden, aber dafür kann begreiflich der Vermiether nicht einstehen. Uebrigens wäre es bei dergleichen Lasten gewiß das Billigste, wenn überhaupt nicht der Einzelne, sondern der ganze Staat dieselben trüge, so daß der unmittelbar Gedrückte nur gleichsam einen Vorschuß leistete, der ihm nachher von dem Staate vergütet werden müßte; aber es versteht sich von selbst, daß es dazu einer besondren gesetzlichen Bestimmung bedürfte, und ohne eine solche der Grundsatz: casum sentit dominus in Anwendung kommen muß.

bbb) Verbindlichkeiten des Miethers. §. 642.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 25. C. h. t.: Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. Vgl. Weber, von Klagen und Einreden S. 85 fgg., Glück XVII. S. 497 fgg., Thon in der Gießer Zeitschr. I. 24, Unterholzner II. S. 340, Weiske's Rechtslex. VII. S. 784 fgg.

2) *Zeno* l. 33. [34.] C. h. t.: Conductores alienarum rerum, seu alienam cujuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam exspectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. Cf. l. 10. C. unde vi (8, 4).

cc) Beendigung der Miethe und interdictum de migrando. §. 643.

Dig. XVIII. 32. [31.] de migrando. — *Peschkau* de var. mod., quib. loc. cond. finitur. Lips. 1822.

1) *Antonin.* l. 3. C. de loc. et cond. (4, 65): Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis,

invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere eam maluerit, aut tu male in re locata versatus es.

2) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede ejus habitationis essent, sive ex his rebus esset, ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quominus solvatur, ita quominus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto.* Vgl. Rudorff in der geſch. Zeitſchr. XIII. S. 203 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 19 fgg.

Anm. 1. Daß dann, wenn der Miethvertrag auf keine beſtimmte Zeit abgeſchloſſen iſt, der Vermiether ſowohl, wie der Miether beliebig kündigen können, verſteht ſich eben ſo ſehr von ſelbſt, als daß der Regel nach dieſes Kündigungs-Recht dann wegfällt, wenn eine beſtimmte Zeit vertragsmäßig feſtgeſetzt wurde. Doch gibt es von dieſer letztren Regel einige Ausnahmen.

1) In einigen Fällen kann der Vermiether vor Ablauf der Miethzeit aufkündigen, vgl. Glück XVII. S. 373 fgg. und die dort zahlreich Angeff., *Peschkau* cit. p. 29 sqq., v. Buchholz, jur. Abhh. Nr. 24, Albert a. a. O. S. 80 fgg., und zwar iſt dies der Fall:

a) wenn der Miether zwei Jahre lang mit dem Miethgeld in Rückſtand geblieben iſt, l. 54. §. 1, l. 56. h. t., Nov. 120. c. 8, cap. 3. X. de loc. (3, 18), und dagegen ſchützt auch ein pactum de non expellendo nicht, l. 54. §. 1. cit. Zahlt jedoch der Miether das vollſtändige Miethgeld, ehe noch gekündigt worden iſt, ſo findet nach den Grundſätzen des kanoniſchen Rechts eine purgatio morae Statt, cap. 3. X. cit. Bei Pächtern öffentlicher Gefälle brauchte nicht einmal zwei Jahre lang gewartet zu werden, l. 10. §. 1. de publican. (39, 4). Glück S. 382 fgg., *Peschkau* p. 30 sqq., Albert S. 109.

b) Wenn der Eigenthümer des vermietheten Hauſes nachweiſen kann, daß er daſſelbe ſelbſt nöthig habe, T. 1, und zwar muß gewiß eine nicht vorauszuſehende Nothwendigkeit vorausgeſetzt werden, vgl. auch cap. 3. X. cit.:

„Verum invito inquilino domum *inhabitare* vel reficere poteris, si necessitas, *quae tamen non imminebat locationis tempore*, id exposcat".

Bei der augenſcheinlichen Singularität dieſer Beſtimmung ſind wir wohl ſchwerlich berechtigt, über den Fall des Geſetzes — vermiethete Häuſer — hinaus zu gehen, obwohl hier doch die Anſichten ſehr verſchieden ſind, vgl. Glück S. 374 fgg., *Peschkau* p. 37 sqq., Albert S. 106.

c) Wenn der Eigenthümer Bauten in dem Hauſe vornehmen will,

„si dominus corrigere eam maluerit“ T. 1. Hier iſt jedoch zu unterſcheiden. Sind die Bauten wirklich nothwendig, und dieſe Nothwendigkeit war zur Zeit der abgeſchloſſenen Miethe noch nicht ſichtbar, ſo kann der Miether keinen Schadenerſatz fordern, ſondern es wird ihm nur das Miethgeld erlaſſen, während ihm ohnedies der Vermiether das volle Intereſſe erſetzen muß, l. 30. pr., l. 35. pr. h. t., cap. 3. X. cit. Vgl. auch v. Buchholtz a. a. O.

d) Endlich, wenn der Miether ſchlecht und kontraktswidrig mit der Sache umgeht, T. 1, l. 54. h. t., Nov. 120. c. 8, cap. 3. X. cit., Albert S. 108.

2) Eben ſo kann auch der Miether in einigen Fällen vor Ablauf der bedungenen Zeit von dem Kontrakte abgehen, vgl. Glück XVII. S. 477 fgg. ibique citt., *Peschkau* cit. p. 47 sqq., und zwar kommt dies vor:

a) Wenn die Uebergabe der Sache bedeutend verzögert wird, l. 24. §. 4, l. 60. pr. h. t.

b) Wenn ſich an der gemietheten Sache gleich Anfangs vorhandene oder erſt ſpäter entſtandene Mängel in ſolchem Umfange zeigen, daß dadurch der Gebrauch derſelben beträchtlich vermindert oder erſchwert wird, vorausgeſetzt, daß ihnen nicht alsbald abgeholfen werden kann, oder doch von dem Vermiether nicht abgeholfen wird, z. B. wenn ganz ſchlecht gewordene Thüren oder Fenſter vom Vermiether nicht reparirt werden, l. 25. §. 2. h. t., wenn der Vermiether bedeutende, den Miether beeinträchtigende Bauten in dem vermietheten Hauſe vornehmen läßt, l. 27. pr. h. t., wenn der Nachbar das Licht des Miethsmanns verbaut, l. 25. §. 2. cit. u. dgl. m. Daß hierher auch ſehr beſchwerlicher Rauch, eine Menge nicht leicht vertilgbaren Ungeziefers und ähnliche Unbequemlichkeiten mehr gehören, kann nicht bezweifelt werden; ob aber auch Geſpenſter hieher zu rechnen ſeien, iſt eine Frage, die früher freilich ſehr häufig ventilirt worden iſt, vgl. z. B. *Romanus*, de resc. contr. loc. cond. ob metum spectrorum. Lips. 1703, *Hamilton* (praes. *Thomasio*), de non resc. contr. cond. ob metum spectrorum. Hal. 1711, und die übrigen Nachweiſungen bei Glück S. 480 fgg., die aber h. z. T. gar nicht mehr aufgeworfen werden ſollte.

c) Endlich gehört hierher, wenn gegründete Furcht, z. B. vor Einſturz des Hauſes, wegen heranziehender Truppen u. dgl. m. den Konduktor wegtreibt, l. 13. §. 7, l. 27. §. 1. h. t., l. 28. 33. de damno inf. (39, 2), Glück S. 479 fgg.

Anm. 2. Gewöhnlich lehrt man: Kauf bricht Miethe, und führt demgemäß als Beendigungsart der Miethe auf, wenn titulo singulari das Eigenthum der vermietheten Sache an einen Andren komme, oder ein mit dem Gebrauchsrecht des Miethers unverträgliches dingliches Recht konſtituirt werde. Dies iſt aber wenigſtens nicht richtig ausgedrückt. Soviel iſt zwar gewiß, daß der neue Eigenthümer oder anderweit dinglich Berechtigte den Miether austreiben darf, l. 25. §. 1, l. 32. h. t., l. 59. §. 1. de usufr. (7, 1), l. 120. §. 2. de legat. I, l. 9. C. h. t., und dieſes iſt, ungeachtet der gewiß unbegründeten Einwendungen Dernburg's a. a. O. S. 4 fgg. die einzig wahre Bedeutung des angeführten Sprüchworts, deſſen Ausdrucksweiſe freilich in hohem Grade inkorrekt iſt. Ferner iſt es auch gewiß, daß der Miether nicht verpflichtet

iſt, mit dem neuen Eigenthümer das Miethverhältniß fortzuſetzen, l. 32. h. t., und wenn Viele behaupten, daß dieß doch dann eine Ausnahme leide, wenn der Vermiether ſeine Rechte an den Singular-Succeſſor zedirt habe, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 27 fgg. und die dort Angeff., Cropp in Heiſe's und Cropp's jur. Abh. Bd. II. Nr. 10. u. A. m., ſo iſt dies ſchon darum nicht zu billigen, weil der Vermiether in Gemäßheit allgemeiner Grundſätze zwar wohl ſeine actio locati, vgl. l. 53. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 58. pr. h. t., aber nicht auch ſein ganzes, durch den Miethvertrag begründetes, aus Rechten und Verpflichtungen gemiſchtes Rechtsverhältniß an einen Andren zediren kann, vgl. beſ. Mühlenbruch, Zeſſion S. 312 fgg. Ebenſo gewiß iſt es aber auch endlich, daß die obligatio ex locatione et conductione zwiſchen dem urſprünglichen Vermiether und dem Miether noch immer unverrückt fortdauert, und es iſt alſo:

1) der urſprüngliche Vermiether noch fortdauernd dem Miether das uti licere zu präſtiren verpflichtet, was er dadurch bewerkſtelligen kann, daß er beßfallſige Verträge mit ſeinem Succeſſor abſchließt, l. 25. §. 1. h. t. Hat er dies nicht gethan, oder wird ein ſolcher Vertrag — der natürlich nur ihm, nicht auch dem Miether Rechte gegen den Succeſſor gibt — nicht erfüllt, ſo wird er von dem Miether mit der actio conducti belangt, und auf das ganze Intereſſe verurtheilt, l. 25. §. 1, l. 32. h. t. Bei fiskaliſchen Verkäufen wird ein ſolches Paktum mit dem Käufer als abgeſchloſſen präſumirt, l. 50. de jure fisci (49, 14).

2) Eben ſo iſt aber auch, wenn der Vermiether noch fortwährend ſeiner Obliegenheit nachkommt, was ja eben vermittelſt ſolcher Verträge geſchehen kann, der Miether noch ſtets zur Präſtation des Miethgeldes, alſo überhaupt zur Fortſetzung der Miethe verpflichtet, nur daß natürlich das Verhältniß ſtets als zwiſchen dem alten Vermiether und dem Miether fortbeſtehend angenommen werden muß. Hält man dieſes Letztre feſt, ſo leuchtet von ſelbſt der völlige Unſtand der gewöhnlichen Lehre ein, daß im Falle eines Verkaufs der vermietheten Sache der Miether immer, und zwar ſelbſt dann zurücktreten könne, wenn der Verkäufer mit dem Käufer Verträge der bei Nr. 1. bemerkten Art abgeſchloſſen habe. Allerdings kann der Miether nicht gezwungen werden, das Miethverhältniß mit dem neuen Eigenthümer fortzuſetzen, aber jedenfalls iſt er verpflichtet, daſſelbe mit ſeinem urſprünglichen Vermiether fortzuſetzen, wenn dieſer ſeiner Seits ſeine Verbindlichkeiten erfüllt, und es kann auch nicht im Mindeſten etwas darauf ankommen, ob derſelbe noch Eigenthümer iſt, oder nicht.

Vgl. überhaupt über die mehr als nöthig beſtrittene Parömie: Kauf bricht Miethe, Glück XVIII. S. 11 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts Bd. IV. Nr. 1, Geſterding, Ausbeute Bd. III. S. 215 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. II. S. 669 fgg., Weiſke's Rechtsler. VII. S. 795 fgg., Dernburg, Abhandll. Nr. 1, *Molitor* II. p. 221 sqq., Träger in Gieß Zeitſchr. N. F. XVIII. S. 53 fgg., Colberg in Schering's Arch. für rechtsw. Abhh. I. S. 1 fgg., Friedlieb in Gieß. Zeitſchr. N. F. XIX. S. 434 fgg., Ziebarth, die Realexekution und die Obligation. Halle 1866. S. 1 fgg. S. 145 fgg. S. 168 fgg. S. 220 fgg.

Da nicht der Kauf, ſondern nur erſt der wirklich geſchehene Eigenthums-

übergang dem Käufer das jus expellendi verschafft, zum Eigenthumserwerb aber der Regel nach die Tradition erforderlich ist, so kann allerdings die alsbaldige Anwendung des Rechtssatzes: Kauf bricht Miethe dadurch verhindert werden, daß der Miether thatsächlich die Besitzübertragung unmöglich macht, denn die nicht selten vertheidigte Ansicht, daß auch dann, wenn der Miether sich der Besitzübertragung widersetze, dennoch durch traditio longa manu, oder, wie Andre wollen, durch constitutum possessorium der Eigenthums-Uebergang bewerkstelligt werden könne, steht m. E. in entschiedenem Widerspruch mit den Grundsätzen über Besitzerwerb, vgl. auch Dernburg S. 6 fgg., Ziebarth S. 3 fgg. In Wahrheit sind aber die hieraus hervorgehenden Schwierigkeiten nur faktischer, nicht rechtlicher Natur; freilich kann der Miether so gut wie jeder Dritte den Besitzübergang an den Käufer verhindern, indem er sich selbst in den Besitz setzt — und dies thut er immer, wenn er dem Verpachter selbst oder dem vom Verpachter bevollmächtigten Käufer den Zutritt zu der Sache verwehrt —; aber, wenn er solches thut, so begeht er ein Unrecht und setzt sich dem interdictum Unde vi des Verpachters aus, l. 12, l. 18. pr. unde vi (43, 16). Freilich sind Manche wegen der Schlußworte der l. 12. cit. („nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset", vgl. auch l. 20. de acqu. poss.) andrer Meinung, indem sie davon ausgehen, daß die noch nicht abgelaufene Pachtzeit immer eine justa et probabilis causa sei, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 22 fg., Mühlenbruch, Zession S. 279 Not. 75, Sintenis, Anm. 117, Windscheid, Lehrb. §. 400. Not. 7; aber ich halte dies für unzulässig. In der l. 12. cit. eben so, wie in der l. 18. cit. wird augenscheinlich gerade der Fall vorausgesetzt, wenn während bestehender Pacht der Verkauf geschehen ist, und dennoch wird hier als Regel die Zulässigkeit des interdictum unde vi ausgesprochen. Unmöglich kann also Marcellus das noch bestehende Pachtverhältniß als solche justa causa angesehen haben — denn unter dieser Voraussetzung hätte er für den von ihm entschiedenen Fall das Interdikt ganz ausschließen müssen —, sondern er denkt dabei an andre Gründe, wie z. B. wenn der Verpächter dem Pächter nicht einmal Zeit lassen will, um seine Angelegenheiten zu ordnen, oder wenn er ihn ohne Entschädigung und bzw. ohne genügende Kautionsleistung wegen seiner Gegenansprüche aus dem Pachtgut vertreiben will u. dgl. m.; vgl. auch Träger S. 63 fg. Not. 8, Ziebarth S. 128 fgg., Degenkolb in der krit. V.J.S. IX. S. 225 fgg.

dd) Relocatio. §. 644.

1) *Ulp.* l. 14. h. t.: Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique considerant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.

2) *Idem.* l. 13. §. 11. h. t.: — — Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

Anm. Auf wie lange eine *relocatio tacita* anzunehmen sei, ist sehr bestritten, und zwar kommt dabei Alles auf die Auslegung der vielbesprochenen l. 13. §. 11. h. t. (T. 2) an, vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XVII. S. 278 fgg. und bei Röder, Abhandll. Nr. 1. Was hier zunächst:

I. die relocatio tacita eines praedium rusticum anbelangt, so dauert dieselbe nach den ganz bestimmten Worten Ulpian's in l. 13. §. 11. cit. immer ein Jahr, mag die verflossene Pachtzeit auch viel länger gedauert haben. Wenn aber Viele die heutige Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf unsre Landgüter in Abrede stellen, weil wegen der bei uns üblichen Dreifelder-Wirthschaft die volle Benutzung eines Landguts den Ablauf mehrerer Jahre voraussetze, so ist dies gewiß ungehörig. Wäre freilich die Dreifelder-Wirthschaft so zu verstehen, daß das Landgut zwei Jahre lang nichts, oder nur ganz Unbedeutendes ertrüge, und die Haupternte auf das dritte Jahr verspart würde, dann würde jener Einwand etwas Wahres haben. Da aber jede rationelle Kultur-Methode, und namentlich die Dreifelder-Wirthschaft vielmehr die Aufgabe hat, für jedes einzelne Jahr den höchst möglichen Ertrag zu gewinnen, und da also der Pachter auch nach der h. z. T. üblichen Art der Bewirthschaftung in jedem Jahre durchschnittlich den gleichen Nutzen zieht, so ist schlechthin kein Grund sichtbar, von der vorher bemerkten Bestimmung des römischen Rechts abzugehen. Dies ist um so gewisser, da die Römer bei dem Jahr für die relocatio tacita stehen bleiben, obwohl auch sie das System der Brache kannten, und namentlich die Zweifelder-Wirthschaft bei ihren Landgütern üblich war, vgl. die Nachweisungen bei *Alef*, de tac. rel. termino quoad praedia rustica. Heidelb. 1753, Schrader, Abhh. aus dem Zivilr. I. 2, Glück a. a. O. S. 279 fgg. In der neuesten Zeit ist diese richtigere Meinung auch ganz allgemein angenommen worden, vgl. z. B. die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 512. (cf. Braun's Erörtr. S. 778 fgg.), Seuffert §. 329, Valett §. 538, Schweppe §. 470, v. Wening §. 265. geg. E., Göschen §. 512, Roßhirt §. 446, Puchta, Vorles. zu §. 369, Sintenis II. §. 118. Not. 114, Schilling §. 307, Holzschuher §. 298. zu 1, Keller §. 338, Windscheid §. 402. Not. 12. — Unterholzner II.

S. 324. Note f., Koch III. S. 736, Kritz I. 2. S. 227 fgg., Weiske's Rechtslex. VII. S. 751.

II. Ganz andre Grundsätze gelten bei der relocatio tacita eines praedium urbanum:

„In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est".

Leider ist aber sowohl die Regel, als die der Regel beigefügte Ausnahme außerordentlich bestritten.

1) Was zunächst die Regel anbelangt, so haben sich über den Sinn der Worte: *prout quisque habitaverit*, drei Hauptmeinungen gebildet. Die bei weitem meisten älteren und neueren Juristen nehmen an, daß darnach der Miether nur so lange verpflichtet sei, als er wirklich fortwohne, daß er also in jedem Augenblicke aufkündigen könne, vgl. z. B. Glück XVII. S. 284 fgg. und die dort in Note 59. und 60. Angeff., und sämmtliche vorher zitirten Lehr- und Handbücher mit Ausnahme von Valett und Holzschuher. Viele nehmen dagegen an, daß, wie die übrigen Bestimmungen des früheren Kontrakts, so auch die in demselben festgesetzte Miethzeit, sich bei der relocatio tacita wiederhole, daß also der Miether jetzt wieder eben so lange wohnen müsse, als er nach dem früheren Kontrakte schon gewohnt habe, vgl. z. B. die bei Glück Note 56. Angeff., und unter den Neueren besonders Röder in der zit. Abh. Einige endlich glauben, daß zwar bei der relocatio tacita sich allerdings nicht die ganze Miethzeit des früheren Kontrakts wiederhole, daß aber auch eben so wenig rein willkürliche Aufkündigung Statt finde, sondern daß vielmehr bei der stillschweigenden relocatio die Miethtermine des früheren Kontrakts beobachtet werden müßten, vgl. z. B. unter den Neueren bes. Herrestoff im ziv. Arch. III. 3, und im Wesentlichen auch Valett §. 538, Bucher, Recht der Fordr. §. 69. S. 243. und Holzschuher a. a. O. Setzen wir also, es hat Jemand zu Ostern ein Haus auf sechs Jahre in der Weise gemiethet, daß er jedes Vierteljahr, zu Johanni, Michaeli, Weihnachten und Ostern ein Miethgeld von 100 zu entrichten hat, und nach Ablauf der sechs Jahre bleibt er über Ostern hin in dem Hause wohnen: so kann er nach der ersten Meinung zu jeder beliebigen Zeit ausziehen, und bezahlt dann ein pro rata temporis zu berechnendes Miethgeld; nach der zweiten Meinung muß er jetzt von Neuem sechs volle Jahre wohnen, während er nach der dritten Ansicht immer ein weiteres Vierteljahr, also zunächst bis Johanni, und wenn er dies, ohne auszuziehen, hat vorübergehen lassen, bis Michaeli u. s. w. gebunden bleibt. Daß die letztre Ansicht recht natürlich und billig ist, soll nicht in Abrede gestellt werden, und wirklich ist sie vielfach durch lokales Gewohnheitsrecht sanktionirt worden, aber als gemeines Recht kann sie unmöglich angesehen werden, da sie m. E. unter keiner Voraussetzung mit den Worten unsres Gesetzes in Einklang gebracht werden kann. Es bleibt also nur die Wahl zwischen den beiden ersten Auslegungen, welche beide möglicher Weise mit den Worten des Gesetzes vereinigt werden können, von denen aber gewiß die erste, welche auch als die communis opinio angesehen werden kann, die weit überwiegenden sprachlichen und sachlichen Gründe für sich hat, so daß ich keinen

Anſtand nehme, mich unbedingt für dieſelbe zu erklären. Daß es die natürlichſte Deutung iſt, die ſich einem Jeden, welcher ohne vorgefaßte Meinung unſre Stelle lieſ't, zunächſt gleichſam aufdringt, kann gewiß nicht geleugnet werden, und ganz ſo faſſen denn auch die Baſiliken l. 13. die kritiſchen Worte: prout habitaverit ſowohl in dem Texte („ὅπερ ὅσου χρόνου μένῃ τις“) als in den Scholien dazu („ἐφ' ὅσον οἰκεῖ τις“) auf. Dazu kommt aber folgender, wie ich glaube, ganz entſcheidender innerer Grund. Hätte das römiſche Recht bei der relocatio tacita überhaupt auf die frühere Miethzeit Rückſicht nehmen wollen, ſo hätte dies, wenn nur irgend Konſequenz herrſchen ſoll, nothwendig eben ſo gut bei praedia rustica, als bei praedia urbana geſchehen müſſen, und da dies bei den erſteren entſchieden nicht der Fall iſt (ſ. oben Nro. I), ſo kann es ohne arge Inkonſequenz auch nicht bei den letzteren angenommen werden. Sieht man aber von der Zeit des früheren Kontrakts ab, ſo bietet ſich nur der einfache Grundſatz dar, daß die Zeit der relocatio tacita immer die möglichſt kürzeſte ſein müſſe, und unter dieſer Vorausſetzung rechtfertigt ſich unſre Deutung der Worte prout habitaverit von ſelbſt, und ſie ſteht mit der Entſcheidung über praedia rustica in vollſter Harmonie, wenn man nur erwägt, daß, während bei den praedia urbana der volle Gebrauch in jedem Augenblicke möglich iſt, bei den praedia rustica eine Benutzung in geringerer Zeit als einem Jahre nicht geſchehen kann.

2) Wo möglich noch beſtrittener, als die Regel, iſt die in den Worten: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“ enthaltene Ausnahme, und zwar ſind darüber folgende fünf Hauptmeinungen aufgeſtellt worden. a) Viele Aeltere wollen darin finden, daß im Falle ſchriftlicher Abſchließung des Miethvertrags überhaupt alle relocatio tacita ganz unzuläſſig ſei, vgl. die bei Glück S. 390. und die bei Röder S. 23 fgg. Angeführten. b) Andre glauben, daß, wenn der Miethvertrag ſchriftlich abgeſchloſſen ſei, die relocatio tacita eines praedium urbanum ganz wie die eines praedium rusticum zu behandeln ſei, und alſo nur für ein Jahr gelte, vgl. *Pufendorf*, obss. jur. univ. tom. I. obs. 135, Thibaut, Syſt. §. 512, Braun's Erörtr. S. 779. c) Eine dritte Meinung geht dahin, die beſtrittenen Worte wollten nur ſagen, daß wenn vertragsmäßig [in scriptis] eine gewiſſe Zeit der Miethe zuſammengefaßt, d. h. als untheilbare Einheit für das Miethverhältniß feſtgeſtellt ſei, der Vertrag bis zum jedesmaligen Ablauf dieſer Zeit für erneuert angeſehen werden müſſe; und wenn alſo z. B. der Miethzins für die Zeit einer Woche, eines Monats u. ſ. w. feſtgeſetzt, oder wenn vertragsmäßig beſtimmt ſei, daß der Miethzins vierteljährig oder halbjährig entrichtet werden ſolle: ſo müßten dieſe Zeiten auch bei der relocatio tacita eingehalten werden; vgl. Weiſke's Rechtslex. VII. S. 749 fgg. d) Wieder Andre nehmen an, daß jene Worte von einem certum tempus reconductioni comprehensum zu verſtehen ſeien, und daß alſo immer die in den vorhergehenden Worten angegebene Regel Platz greifen müſſe, wenn nicht in dem erſten Miethvertrage ausdrücklich der Fall der relocatio tacita vorgeſehen, und für dieſen Fall eine beſtimmte Zeit feſtgeſetzt ſei, vgl. z. B. Glück S. 289 fgg. und die dort in Note 62. Angeff., Röder in der zit. Abh. S. 40 fgg., Göſchen §. 512, Kritz a. a. O. S. 230 fgg.,

Puchta, Vorleſ. zu §. 369, *Molitor* II. p. 216. e) Die Meiſten endlich verſtehen jene Worte von dem Falle, wenn für die erſte Miethe ſchriftlich eine beſtimmte Zeit feſtgeſetzt ſei, und nehmen für dieſen Fall dann an, daß dieſelbe Miethzeit auch für die relocatio tacita angenommen werden müſſe, vgl. z. B. die bei Glück Note 63. und 64. angeführten, und ſämmtliche oben zitirten Lehr- und Handbücher, mit Ausnahme der als diſſentirend ſchon genannten von Thibaut, Göſchen und Kritz, ſ. auch Marezoll in der Gießer Zeitſchr. III. S. 280. — Die erſte unter dieſen verſchiedenen Auslegungen bedarf kaum einer beſonderen Widerlegung, indem ſchon die Worte des Geſetzes deutlich genug ausſprechen, daß da nicht von der Statthaftigkeit der relocatio tacita, ſondern nur von der Zeit derſelben die Rede iſt; zudem iſt aber auch das Reſultat dieſer Auslegung völlig ungenügend, indem wahrlich nicht wohl zu begreifen iſt, warum im Falle einer ſchriftlichen Abfaſſung des Kontrakts keine ſtillſchweigende Relokation ſtatthaft ſein ſoll, und ſelbſt, wenn man mit manchen Vertheidigern dieſer Anſicht die Juſtinianiſche l. 17. C. de fide instrument. hierher ziehen, und alſo eine Interpolation Tribonian's annehmen dürfte, ſo könnte daraus doch für die Unzuläſſigkeit der ſtillſchweigenden Relokation nichts gefolgert werden. Was für ein andres Rechtsverhältniß, außer der relocatio tacita, ſollte denn auch wohl angenommen werden, wenn nun doch wirklich einmal über die in dem ſchriftlichen Vertrage feſtgeſetzte Zeit hinaus der Miether mit ſtillſchweigender Einwilligung des Vermiethers in der Wohnung bleibt? Vgl. auch Glück a. a. O. S. 291. und Röder S. 23 fgg. — Eben ſo verwerflich iſt ohne Zweifel auch die zweite oben angegebene Auslegung, indem dieſelbe ſo gezwungen iſt, und eine ſo gekünſtelte Verſchlingung der Sätze vorausſetzt, daß nur ganz entſcheidende innere Gründe — an denen es hier aber gänzlich fehlt — uns zu der Annahme derſelben beſtimmen könnten. Thibaut in Braun's Erörtr. a. a. O. ſucht zwar dieſelbe ſo zu begründen: „die l. 13. cit. ſtelle mit einem Gegenſatze die praedia urbana den rusticis gegenüber, beſchränke dies aber wieder für unſern Fall mit einem nisi, wo denn alſo der Gegenſätze wegen wieder eben das gelten müſſe, was bei praediis rusticis gelte". Das wahre Verhältniß iſt aber vielmehr dieſes: in dem erſten Paſſus unſrer Stelle wird eine Regel für die praedia rustica aufgeſtellt; daran reiht ſich dann eine zweite Regel für die praedia urbana, und von dieſer zweiten Regel wird eine Ausnahme für den in den Worten: nisi in scriptis etc. angedeuteten Fall angegeben. Nach welchen Geſetzen der Logik wir nun aber berechtigt, oder gar verpflichtet ſein ſollen, dieſen Ausnahmsfall von der zweiten Regel, unter die erſte, für ganz andre Objekte beſtimmte, Regel zu ſubſumiren, kann ich in der That nicht einſehen. Vgl. auch Röder S. 27 fgg. — Da nun auch die dritte der oben angeführten Anſichten, obwohl ſie ein ſehr verſtändiges Reſultat geben würde, nur durch eine überaus gekünſtelte und geſuchte Erklärung mit Ulpian's Worten in Einklang gebracht werden kann: ſo bleibt in der That nur die Wahl zwiſchen der vierten und fünften Auslegung, und die Entſcheidung über den Vorzug der einen oder der andren iſt nicht leicht. Die vierte, wornach eine für den Fall der relocatio zum Voraus beſtimmte Zeit vorausgeſetzt würde, hat augenſcheinlich gute innere Gründe, die fünfte dagegen den einfachen Wortlaut des Geſetzes für ſich. Da

aber doch auch nach der letztren ein ganz verständiger Sinn entsteht, und Ulpian, wenn er gerade die Relokation im Auge gehabt hätte, sich unverantwortlich nachlässig ausgedrückt hätte, und da überdies unter der letztren Voraussetzung das „in scriptis“ als ein völlig leerer und überflüssiger Zusatz erscheinen würde — indem offenbar auch eine mündliche Verabredung über die Dauer der relocatio ganz eben so, wie eine schriftliche respektirt werden müßte —, so glaube ich der fünften der oben angegebenen Interpretationen beistimmen zu müssen, wornach wir zu dem zwar singulären, aber nicht unverständigen Resultate gelangen, daß dann, wenn für die erste Miethe in einem schriftlichen Kontrakte eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, diese Zeit nach einer gesetzlichen Präsumtion auch für die relocatio tacita Geltung behalten soll, und mit diesem Resultate stimmen namentlich auch die Basiliken und die Scholien dazu vollständig überein.

b) Locatio conductio operarum und operis. §. 645.

Car. Aug. Haase, de opere locato et conducto Romanor. commentatio grammat. et histor. Lips. 1814, *Idem*, de op. loc. et cond. commentatio jur. civ. Lips. 1814, Gesterding, Irrthümer Nr. 4. §. 2 fgg. S. 89 fgg., Weiske, theoret. prakt. Abhandl. Nr. 1, Weiske's Rechtslex. VII. S. 804 fgg. — Ueber das periculum bei der locatio operis s. noch insbes. Buchholtz in Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 1 fgg., Mommsen, Beitr. I. S. 364 fgg., III. S. 423 fgg., Windscheid in Heidelb. krit. Jahrbb. II. S. 139 fgg., Ders., Lehrb. §. 401. bei Not. 8 fgg., Burchardi, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. Kiel 1861. S. 131 fgg., *Goose*, de casu quaedam obss. Berol. 1866. p. 49 sqq., Wyß, die Haftung für fremde culpa. Zürich 1867. S. 94 fgg. — Und über die Frage, inwiefern der conductor operis auch für die Handlungen seiner Leute und Gehülfen zu haften habe: Hasse, Kulpa 2. Aufl. S. 405 fgg. Ubbelohde im prakt. Arch. VII. S. 229 fgg., Ders. in Goldschm. Zeitschr. f. Handelsr. VII. S. 199 fgg., Burchardi a. a. O., Windscheid §. 401. Anm. 5, Wyß a. a. O. S. 87 fgg. bes. S. 93 fgg.

1) *Florentin.* l. 36. h. t.: Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus

prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

2) *Javolen.* l. 37. eod.: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

3) *Labeo* l. 62. eod.: Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

e) S. g. locatio irregularis. §. 646.

Alfenus l. 31. h. t.: In navem Saufeji quum complures frumentum confuderant, Saufejus uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat, quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeji, et recte datum. Quodsi separatim tabulis, aut aeronibus, aut in alia cupa clausum uniuscujusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cujusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare; et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse judicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam

duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem ejus conditionem faceret, quam ceterorum. — Cf. *Bynkershoek*, observat. jur. rom. lib. VIII. c. 1—8, Glück XVII. S. 423 fgg., *Kellinghusen*, ad leg. 31. D. locati. Jen. 1819, Sell im ziv. Arch. XXI. S. 319 fgg., Weiske's Rechtslex. VII. S. 828 fgg., Heimbach, Kreditum S. 426 fgg., Buchholtz in Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 8 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 283 fgg., Sintenis §. 118. Anm. 21, *Pellat*, textes choisis des Pand. 2. ed. Par. 1866. p. 41 suiv.

B. Contractus emphyteucarius. §. 647.

Cod. IV. 66. de jure emphyteutico. — Unterholzner II. S. 361 fgg.

§. 3. J. de loc. et cond. (3, 24): Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur [cf. Gai. III. §. 145], lex Zenoniana [cf. l. 1. C. h. t.] lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

C. Receptum der nautae, caupones und stabularii.

a) Allgemeine Grundſätze. §. 648.

Dig. IV. 9. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant, XLVII. 5. furti adversus nautas, caupones, stabularios. — *Peckii*, comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pert. cum not. Vinnii. Amstel. 1668. p. 1 sqq., *Lauterbach*, de nautis, cauponib. et stabular. in Diss. acad. tom. III. no. 105, Glück VI. S. 106 fgg., Wolters, über die actio de recepto etc. Hamb. 1804, Zimmern, Syſt. der röm. Noxalklagen §. 94 fgg., Müller, über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Poſtanſtalten. Leipz. 1838. 2. Aufl. 1857, Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 305 fgg., Unterholzner II. S. 732 fgg., Koch III. S. 826 fgg., Buddeus in Weiſke's Rechtslex. IV. S. 440 fgg., Sintenis II. §. 120, Holzſchuher III. §. 302, Goldſchmidt in ſein. Zeitſchr. für Handelsr. III. S. 58 fgg. S. 331 fgg., Harder in Gieß. Zeitſchr. N. F. XVIII. S. 221 fgg., Gimmerthal im pract. Arch. N. F. II. S. 111 fgg., Wyß, Haftung für fremde culpa. Zürich 1867. S. 57 fgg. S. 79 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t. (4, 9): Ait Praetor: *Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* — 2) *Idem.* l. 3. §. 1. eod.: Miratur [Pomponius], cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles, nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis major contigerit.

3) *Idem.* l. 1. pr. furti adv. naut. (47, 5): In eos, qui naves, cauponas, stabulas exercebunt, si quid a quoquo eorum, quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur, judicium datur, sive furtum ope, consilio exercitoris factum sit, sive eorum cujus, qui in ea nave navigandi causa esset. — Cf. §. 3. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5), l. 6. 7. nautae, caup. stabul. (4, 9), l. 5. §. ult. de O. et A. (44, 7).

Anm. 1. Was die Frage anbelangt, ob ein Gaſtwirth verpflichtet ſei, die ſich anmeldenden Gäſte aufzunehmen, ſo kommen in unſren Quellen zwei verſchiedene Ausſprüche Ulpian's vor, die ſich direkt zu widerſprechen ſcheinen. Während nämlich derſelbe in l. 1. §. 1. nautae, caup. (4, 9) ſagt:

> *Ulp.* libr. XIV. ad Edict.: „Maxima utilitas est hujus Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; *nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant,* et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus“,

ſpricht ſich derſelbe in l. un. §. ult. furti adv. naut. (47, 5) ſo aus:

> *Ulp.* libr. XXXVIII. ad Edict.: „Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt, viatorum autem factum non praestat; namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, *nec repellere potest iter agentes,* inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum praestare“.

Die Gloſſe und mit ihr viele Späteren wollen eine Vereinigung dieſer Stellen dadurch herbeiführen, daß ſie die erſte Stelle von der Anlegung eines Gaſthofs verſtehen, wornach alſo Ulpian geſagt hätte: es hänge von der freien Wahl eines Jeden ab, ob er Gaſtwirth werden wolle, oder nicht (l. 1. cit.), ſei er aber einmal Gaſtwirth, dann müſſe er allerdings einen jeden Reiſenden, der zu ihm komme, annehmen (l. un. cit.), vgl. z. B. Glück VI. S. 112. und die dort Angeff. Offenbar bedarf aber dieſer, den Worten und dem ganzen Zuſammenhang widerſprechende Vereinigungs-Verſuch eben ſo wenig einer beſondren Widerlegung, als die ganz willkürliche Konjektur von *Noodt,* comm. ad Dig. lib. IV. tit. 9. init., welcher in l. 1. cit. Statt: ne *quem* recipiant leſen will: ne *quae* recipiant, und darauf dann die Diſtinktion baut, daß der Gaſtwirth zwar Perſonen, aber nicht auch ihre Sachen aufzunehmen verpflichtet ſei; ſ. dagegen auch Basil. LIII. 1. fr. 1: „*ἐν αὐτοῖς δὲ ἔστι μηδένα ὑποδέξασθαι*“. Dagegen will *Kaemmerer,* observatt. jur. civ. cap. 2. p. 117 sqq. dadurch helfen, daß er das *repellere* in der l. un. cit. nur von einem Wiederheraustreiben des einmal aufgenommenen Gaſtes verſteht, ſo daß zwar die erſte Aufnahme dem Gaſtwirthe frei ſtehe, aber nicht auch das Behalten; und wieder einen andern Weg ſchlägt Guyet im ziv. Arch. XVII. S. 41 fgg. ein, indem er die l. un. cit. von ſolchen verſteht, die nur *repentino hospitio,* die l. 1. cit. dagegen von denen, welche *habitandi causa* recipiuntur, ſ. auch Buddeus im Rechtler. cit. S. 443 fgg. Mit größtem Rechte hat ſich der neueſte Schriftſteller über unſre Frage, v. Madai in der Gießer Zeitſchr. XVIII. S. 376 fgg., gegen all' dieſe mißrathenen Vereinigungs-Verſuche erklärt; er ſelbſt kommt aber zu dem troſtloſen Reſultate, daß hier wirklich ein unauflöslicher Widerſpruch vorliege, und Ulpian in der einen Stelle eine andre Meinung ausgeſprochen habe, als in der andren; zum Glück ſeien aber, meint Madai, beide Ausſprüche für

uns nicht bindend, da Ulpian in beiden Stellen durch jene sich widersprechenden Sätze nur anderweite gesetzliche Bestimmungen habe rechtfertigen wollen, und solche bloße Motive nicht als Gesetz betrachtet werden könnten. — Meines Erachtens ist in den beiden Stellen auch nicht der mindeste Widerspruch vorhanden, indem die Worte der l. un. cit.: nec repellere potest iter agentes gewiß nicht ein juristisches Verbot der Abweisung enthalten sollen, sondern Ulpian damit nur als etwas Faktisches den Satz aussprechen will, es sei für den Gastwirth unthunlich — es sei mit seinem Gewerbe nicht wohl vereinbar —, Reisende abzuweisen, vgl. auch Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. III. S. 23 fgg., v. Schröter in Schunk's Jahrb. XI. S. 3 fgg., Puchta §. 314. Not. c, Sintenis a. a. O. Anm. 1, Emmerich in der Gießer Zeitschr. N. F. XVIII. S. 120 fgg. Wenn Madai a. a. O. S. 388. hiergegen einwendet, daß nach dieser Erklärung immer noch der schlimme Widerspruch bleibe, daß Ulpian in der einen Stelle für rechtlich erlaubt, was er in der andern für faktisch unmöglich erkläre, so sind hier die Antitheſen künstlich auf die Spitze getrieben; erwägt man, daß hier nicht von etwas eigentlich Unmöglichem die Rede ist, also nicht von etwas, was der Gastwirth schlechterdings nicht thun kann, sondern nur von etwas, was er im Interesse seines Gewerbes nicht leicht thun wird, so verschwindet von selbst der gerügte schlimme Widerspruch. Ganz unbegründet scheint mir auch, was v. Madai a. a. O. S. 378 fgg. gegen das Resultat unsrer Erklärung einwendet. Er sucht nämlich aus allgemeinen Gründen den Satz zu rechtfertigen, daß der Gastwirth allerdings zur Aufnahme der sich meldenden Reisenden verpflichtet sei, denn in der durch Anheften eines Schildes, durch Zeitungs-Annoncen u. dgl. geschehenen öffentlichen Ankündigung sei offenbar eine giltige Offerte enthalten, welche durch die bloße Acceptation des Andern zu einem bindenden Vertrage werde, und da der Reisende durch die Einkehr in den Gasthof seine Acceptation erkläre, und damit den Vertrag zur Perfektion bringe, so sei der Gastwirth zu einer Zurückweisung nicht ferner berechtigt. Meines Erachtens liegt aber in solchen öffentlichen Ankündigungen eines Gastwirths nicht sowohl eine Offerte, als vielmehr nur eine Aufforderung zum Paziſziren, nicht anders, wie dies bei solchen öffentlichen Ankündigungen eines Handwerkers, Kaufmanns u. dgl. der Fall ist, und zum wirklichen Abschluß des Vertrags gehört also immer noch der ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene Konsensus des Gastwirths.

Anm. 2. Die häufig gehörte Behauptung, daß h. z. T. von dem strengen Rechte gegen Gastwirthe keine Rede mehr sein könne, weil der Grund desselben, nämlich die ausgezeichnete Schlechtigkeit dieser Menschen bei den Römern, vgl. l. 1. §. 1, l. 3. §. 1. h. t. (4, 9), weggefallen sei, ist offenbar irrig, da ja richtiger Ansicht nach das Wegfallen des Grundes auf die Fortdauer des Gesetzes keinen Einfluß hat, und eine entgegengesetzte Gewohnheit sich so wenig annehmen läßt, daß man vielmehr häufig dieses Recht auch auf Posten, Frachtfuhrleute, Boten u. dgl. m. hat ausdehnen wollen. Diese Ausdehnung läßt sich freilich theoretisch eben so wenig rechtfertigen, denn offenbar sind die Bestimmungen des Prätorischen Edikts durchaus singulär, und so müßte man sich gegen eine analoge Ausdehnung derselben erklären, selbst wenn die Gründe ihrer Einführung auch

ganz auf jene anderweiten Verhältnisse paßten, was doch keineswegs der Fall ist. Wenn man übrigens für die Zulässigkeit der Analogie sich auch noch insbesondre darauf zu berufen pflegt, daß ja die Römer selbst sich eine solche erlaubt hätten indem sie das Edikt über die nautae auch auf die Floß- und Kahn-Führer ausgedehnt hätten, l. 1. §. 4. h. t. (4, 9):

Ulp. „De *exercitoribus ratium*, item *lintrariis* nihil cavetur, sed idem constitui oportere Labeo scribit, et hoc jure utimur“:

so muß dies, abgesehen von vielem Andren, schon darum für uns einflußlos bleiben, weil man in diesem Ausspruch nicht sowohl ein Beispiel analoger Ausdehnung, also vielmehr nur eine ausdehnende logische Interpretation finden kann. Vgl. übrigens über die verschiedenen Ansichten Glück VI. S. 126 fgg. und die dort zahlreich Angeff., *Mackeldey*, diss. quat. act. de recept. contra aurig. et curat. s. spedit. compet. merc. Helmst. 1806. (auch übersetzt in Barth's. Dissert.-Samml. I. S. 174 fgg.), Müller a. a. O. S. 39 fgg., Goldschmidt a. a. O. S. 352 fgg.; vgl. auch Linde in der Gieß. Zeitschr. N. F. XVI. S. 151 fgg. S. 259 fgg.

b) Insbesondere von der lex Rhodia de jactu. §. 649.

Dig. XIV. 2. de lege Rhodia de jactu. — Glück XIV. S. 199 fgg. und die dort in Not. 18. zahlreich Angeff., *Schryver*, sur la loi Rhodia de jactu. Brux. 1844. — Unterholzner II. S. 353 fgg., Koch III. S. 574 fgg., *Molitor* III. p. 163 sqq., Sintenis II. §. 118. zu Not. 169 fgg.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

2) *Idem.* l. 2. pr. h. t.: Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, *ex locato* cum magistro navis agere debent, is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. — — At si non, et totam navem conduxerit, *ex conducto* aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt; aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Cf. Glück a. a. O. S. 227 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. III. p. 202 sqq. — 3) *Papinian.* l. 1. §. 1. de praescr. verb. (19, 5): Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit.

D. Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste. §. 650.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus, L. 14. de proxeneticis. — Unterholzner II. S. 372 fgg., Koch III. S. 134 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. Nr. 7, Schäffer in der Gießer Zeitschr. N. F. VII. 1.

1) *Gai.* l. 22. de praescript. verb. (19, 5): Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quodsi neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.

2) *Ulp.* l. 1. de extraord. cognit.: Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed *praeceptoribus* tantum *studiorum liberalium.* Liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant; *rhetores* continebuntur, *grammatici, geometrae.* §. 1. *Medicorum* quoque eadem causa est, quae professorum — —. §. 2. Sed et *obstetricem* audiant, quae utique medicinam exhibere videtur. §. 3. Medicos fortasse quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis, vel certi doloris sanitatem pollicentur, ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium; non tamen si incantavit, si imprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit; non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione affirment. §. 4. An et *philosophi* professorum numero sint? Et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere. §. 5. Proinde ne *juris* quidem *civilis professoribus* jus dicent; est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio numario non sit aestimanda, nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti efferri debuit; quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. §. 6. *Ludi* quoque *literarii magistris,* licet non sint professores, tamen usurpatum est, ut his quoque jus dicatur. Jam et *librariis,* et *notariis,* et *calculatoribus* sive *tabulariis.* §. 7. Sed ceterarum artium opificibus, sive artificibus, quae

sunt extra literas vel notas positae, nequaquam extra ordinem jus dicere Praeses debebit. §. 8. Sed et si *comites* salarium petant, idem juris est, quod in professoribus placet — —. §. 10. In honorariis *advocatorum* ita versari judex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et judicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur — — —. §. 14. Ad *nutricia* quoque officium Praesidis vel Praetoris devenit; namque nutrices ob alimoniam infantium apud Praesides, quod sibi debetur, petunt. Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur, ceterum post haec cessant partes Praetoris vel Praesidis. §. 15. Haec omnia si apud Praesides petantur, videamus an de mutuis petitionibus possunt Praesides cognoscere, et putem debere admitti. — 3) *Ulp.* l. 3. de proxenetic.: De *proxenetico*, quod et sordidum, solent Praesides cognoscere, sic tamen, ut et in his modus esse debeat et quantitatis, et negotii, in quo operula ista defuncti sunt, et ministerium qualequale accomodaverunt.

3) Schuldverhältniſſe aus einer Genoſſenſchaft.

A. Geſellſchafts-Vertrag.

Inst. III. 25. [26] de societate; Dig. XVII. 2, Cod. IV. 37. pro socio. — Glück XV. S. 371 fgg. und die dort in Not. 21. Angeff., Unterholzner II. S. 378 fgg., Koch III. S. 519 fgg., Kritz, Pandektenrecht Th. I. Bd. 2. S. 23 fgg., *Molitor* II. p. 271 sqq., Sintenis II. §. 121, *Rauter*, du contrat de société en droit Rom. Strasb. 1859. — Ueber Handelsgeſellſchaften insbeſ. vgl. Treitſchke, die Lehre von der unbeſchränkt obligatoriſchen Gewerbegeſellſchaft — — nach röm. Recht mit Rückſicht auf neuere Geſetzgebungen. Leipzig 1844, Rößler, „die rechtl. Natur des Vermögens der Handelsgeſellſchaften nach röm. R.", in Goldſchm. Zeitſchr. für Handelsr. IV. S. 252 fgg., Kuntze, „Prinzip und Syſtem der Handelsgeſellſchaften", ebendaſ. VI. S. 177 fgg. — Thöl, Handelsr. I. §. 34 fgg., Brinckmann, Lehrb. des Handelsr. I. §. 34 fgg., Endemann, deutſches Handelsr. §. 32 fgg.

a) Begriff und Erforderniſſe. §. 651.

Geſterding, Irrthümer Abh. 9. Nr. 1. („Verſuch, den Begriff der Sozietät aufs Reine zu bringen").

Anm. 1. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Sozietäts-Kontrakt durch Nebenverabredungen aller Art modifizirt werden kann, und namentlich kommen ſolche vielfach vor, um die Gewinn- und Verluſt-Antheile der einzelnen Sozii näher zu beſtimmen, vgl. beſ. *Mayr*, de divisione bonor. societatis. Landsh. 1825. p. 73 sqq. Hierüber ſind noch folgende Beſtimmungen des römiſchen Rechts zu bemerken:

1) Die Verabredung, daß Einer der socii von dem Gewinn ganz ausgeſchloſſen ſein, und dieſer ausſchließlich dem Andren zufallen ſolle, hebt den Begriff der Sozietät vollſtändig auf, und ein mit einer ſolchen Nebenverabredung begleitetes Geſchäft kann alſo als Sozietät nicht zu Rechte beſtehen, l. 29. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* „Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus, *talem societatem nullam esse*, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret, iniquissimum enim genus est, ex quo quis damnum, non etiam lucrum spectet".

Ein ſolches Geſchäft wurde auf Veranlaſſung einer bekannten Aeſopiſchen Fabel (Phaedr. I. 5.) societas *leonina* genannt (— über den witzigen Einfall von *Hoffmann*, Meletemat. ad Pand. XVI. 4, welcher *theonina* leſen will, arg. Horat. lib. I. ep. 18. v. 84, vgl. Glück a. a. O. S. 415. Not. 14. —), und der Grund, weßhalb es nicht als Sozietät betrachtet werden kann, liegt augenſcheinlich in dem bekannten Satze, *„nulla societas est, quae donationis causa interponitur"*, l. 32. §. 24. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), vgl. l. 5. §. 2. h. t., l. 16. §. 1. de minor. (4, 4), l. 35. §. 5. de mort. c. donat. (39, 6). Daß übrigens ein ſolcher Vertrag als Schenkung aufrecht erhalten werden kann, wenn eine ſolche beabſichtigt iſt, und die übrigen Vorausſetzungen derſelben vorhanden ſind, unterliegt keinem gegründeten Zweifel, obwohl dies doch nicht unbeſtritten iſt, vgl. *Mayr* cit. §. 62. p. 107 sqq.

2) Die umgekehrte Verabredung, daß Einer der Sozii ganz frei ſein ſoll von allem Schaden, iſt dagegen völlig giltig, obwohl doch, wenn das Geſchäft als reine Sozietät beſtehen ſoll, der für den einen socius bedungene Vorzug wenigſtens einiger Maaßen aufgewogen ſein muß durch größere Dienſtleiſtungen deſſelben, oder durch ſonſtige beſondere Vortheile, die ſein Beitritt für die Sozietät ſchafft, wie etwa durch ſeine größere Geſchäfts-Erfahrung, ſeinen Kredit u. dgl. m., l. 29. §. 1. h. t.:

> „Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat, quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat,

quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus".

In jedem Falle iſt aber ein ſolcher Vertrag nicht von jedem einzelnen Gewinne und jedem einzelnen Schaden aufzufaſſen, ſondern unter Gewinn iſt hier ſtets nur der Endgewinn, nach Abzug alles Schadens, und unter Schaden nur der endliche Schaden, nach Abzug alles Gewinns zu verſtehen, §. 2. J. h. t.:

„Et adeo contra Q. Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucri esse*".

3) Auch der Nebenvertrag, daß der eine Geſellſchafter einen größeren Antheil an dem Gewinne haben ſolle, als der andere, iſt vollkommen giltig, obwohl auch hier, wenn von einer reinen Sozietät die Rede ſein ſoll, vorausgeſetzt wird, daß dieſe Ungleichheit in etwas aufgewogen werden muß durch größere Laſten, die der begünſtigte Sozius auf ſich nimmt, l. 29. pr. h. t.:

„Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? *Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cujusque alterius rei causa*".

Als eine ſolche größere Laſt, wodurch ein größerer Gewinn-Antheil gerechtfertigt wird, iſt aber nicht blos ein größerer Beitrag anzuſehen, ſondern namentlich auch ein größeres Riſiko, welches der eine socius übernimmt, und wenn derſelbe alſo für den Fall, daß die Sozietät zu Verluſt Statt zu Gewinn käme, auch einen größeren Antheil am Verluſte auf ſich nähme, ſo würde ſchon dadurch allein der Vorbehalt eines größeren Gewinn-Antheils ſeine Rechtfertigung finden, §. 1 J. h. t.:

„— — Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes, et lucri *et damni* pertineant, ad alium tertia".

Die oft gehörte Behauptung, daß Juſtinian und Ulpian ſich inſofern widerſprächen, als der Erſtere ganz allgemein erlaube, was der Letztere nur unter Limitationen geſtattete („si modo aliquid" etc.), iſt hiernach gewiß unbegründet, und wir haben nicht nöthig, in der Inſtitutionen-Stelle etwas aus den Pandekten zu ſuppliren, wenn man nur auf die Worte *et damni* das gebührende Gewicht legt. Vgl. übrigens Glück S. 416 fgg., *Mayr* p. 74 sqq.

4) Es kann auch verabredet werden, daß ein Geſellſchafter einen andren Antheil am Gewinn und einen andren am Verluſt haben ſolle, z. B. A. und B. ſchließen einen Geſellſchafts-Vertrag in der Art ab, daß auf A. ⅔ des etwaigen Gewinns und nur ⅓ des etwaigen Verluſts, an B. dagegen nur ⅓ des Gewinns und ⅔ des Schadens fallen ſollen. Ueber dieſen Vertrag finden ſich zwei Stellen, die ſich zu widerſprechen ſcheinen, und zu deren Vereinigung die allerverſchiedenſten Verſuche gemacht worden ſind, vgl. darüber die Nachweiſungen bei

Glück S. 418 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 30. pro soc., tom. III. p. 375 sqq., *Mayr* cit p. 83 sqq. Der §. 2. J. h. t. lautet so:

„De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Sejus inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Q. Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia praevaluit, contra sensit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti".

Dagegen spricht sich Paulus in l. 30. h. t. über unsren Fall so aus:

„Mucius libr. XIV. scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur".

Während also nach der erstren Stelle Servius die Meinung des Q. Mucius verworfen haben soll, scheint er nach der zweiten dieselbe geradezu gebilligt zu haben („nec posse societatem ita contrahi"). Ueber die mancherlei, m. E. gänzlich verunglückten, Emendations-Versuche sind die vorher angeführten Schriftsteller zu vergleichen; ich für meinen Theil halte jede Textes-Veränderung für völlig unnöthig und verwerflich, indem nach einer richtigen Auslegung der l. 30. cit. diese Stelle mit den Institutionen vollkommen übereinstimmt. Mucius hatte den Satz aufgestellt, eine Sozietät könne nicht so eingegangen werden, daß auf einen Sozius ein andrer Antheil des Schadens, und ein andrer des Gewinns fallen solle. Diesen Satz bespricht Servius, und zwar ist sein Gedankengang einfach der: „Wenn man diesen Satz des Mucius streng buchstäblich nimmt, so ist er allerdings begründet, und eine solche Sozietät kann wirklich nicht eingegangen werden, indem bei einer Sozietät von Gewinn und Verlust nicht die Rede sein kann, sondern immer nur von Gewinn oder Verlust, denn ein Sozietäts-Gewinn ist richtigen Begriffen nach nur dann vorhanden, wenn nach Abzug alles Schadens noch ein Gewinn übrig bleibt, und ein Verlust ist nur dann da, wenn nach Abzug alles Gewinns noch ein Schaden restirt; daß also nicht derselbe Sozius zugleich einen andren Antheil am Gewinn, und einen andren am Schaden haben könne, ist völlig wahr. Hat aber Mucius mit jenem Satze sagen wollen — und gewiß ist dies seine wahre Meinung gewesen —, es könne eine Sozietät auch nicht so eingegangen werden, daß ein Sozius einen andren Antheil am Gewinn haben solle, wenn die Sozietät in ihrem endlichen Resultate zu Gewinn führe, als am Schaden, wenn umgekehrt die Sozietät in ihrem schließlichen Ergebniß als eine Schaden bringende erscheine: so ist dies sicher irrig, indem einer solchen Sozietät, bei welcher ein andrer Antheil am etwaigen Endgewinn, und ein andrer am etwaigen endlichen Verlust festgesetzt wird, kein gegründetes Bedenken entgegengestellt werden kann".

Offenbar ist hiernach Servius, wenn er auch scheinbar dem Satze des Mucius eine wahre Seite abzugewinnen weiß, doch in der That ein entschiedener Gegner desselben, und Gaius (III. 149.) und Justinian in §. 2. J. cit. waren vollkommen berechtigt, zu sagen, daß Servius die Meinung des Mucius verworfen habe. — Uebrigens versteht sich auch hier von selbst, daß, wenn ein solcher Vertrag als reine Sozietät erscheinen soll, die ungleiche Vertheilung auch einiger Maaßen durch Uebernahme ungleicher Lasten gerechtfertigt sein muß, und sehr bestimmt deutet darauf Justinian hin in den Worten: quia saepe etc.

5) Noch mag hier die gesetzliche Interpretations-Regel bemerkt werden, daß wenn in dem Vertrage blos über die Gewinn-Antheile Bestimmung getroffen ist, dasselbe Verhältniß auch für den Verlust angenommen werden muß, und umgekehrt, so daß also z. B. wenn der Vertrag lautet, daß der Sozius A. $\frac{2}{3}$, der Sozius B. aber $\frac{1}{3}$ des Gewinns haben soll, und Statt des gehofften Gewinns die Sozietät zu Schaden kommt, der A. auch $\frac{2}{3}$ des Schadens, der B. aber nur $\frac{1}{3}$ desselben zu übernehmen braucht, Gai. III. 150, §. 3. J. h. t.

6) Endlich kann es auch vorkommen, daß die Festsetzung der Gewinn- und Verlust-Antheile dem Arbitrium eines der socii selbst (l. 6. h. t.), oder eines Dritten (l. 76—80. h. t.) überlassen wird, und in beiden Fällen gilt die Regel, daß hier ein arbitrium boni viri angenommen werden muß, „unde, si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei“ legg. citt.

Anm. 2. Ob bei einer Erwerbs-Gesellschaft — bei welcher allein Zweifel entstehen können — in Ermangelung einer besondren Verabredung, die von den einzelnen sociis konferirten Sachen zu res communes werden, ob also eine s. g. societas quoad sortem Platz greife, oder ob die Sachen vielmehr nur als quoad usum konferirt anzusehen seien, ist auch noch h. z. T. sehr bestritten, vgl. Glück XV. S. 397 fgg., Gesterding, Irrthümer S. 291 fgg., Guyet, Abhandlungen Nr. 9. S. 227 fgg., *Mayr*, de divisione bonor. societ. p. 19 sqq., Sintenis Anm. 27, Rößler a. a. O. S. 259 fgg. M. E. muß hier zwischen verschiedenen Arten von Sachen unterschieden werden. Wenn nämlich

1) die der Sozietät konferirten Sachen unverbrauchbar und unvertretbar sind, so muß, wenn nicht ausdrücklich der Vertrag auf gemeinsames Haben der Sachen gerichtet ist, gewiß nur eine societas quoad usum angenommen werden. Da nämlich solche Sachen auch von Dritten, unbeschadet des Eigenthumsrechts, gebraucht und benutzt werden können, so erfordert der Zweck der Sozietät gar keine Aufgebung des Eigenthums, und eben darum kann auch für eine solche nicht präsumirt werden. Wenn also z. B. Jemand bei Eingehung einer Sozietät sein Haus herzugeben verspricht, um darin das gemeinsame Waarenlager zu halten, oder das Fabrikgeschäft zu betreiben u. dgl., so ist durchaus kein Grund ersichtlich, weßhalb hier das Haus auch quoad dominium an die übrigen Gesellschafter fallen solle, und selbst dann kann dies nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift nicht angenommen werden, wenn die Sozii ihre Sachen zum Zweck vortheilhafteren Verkaufs zusammen bringen. So wird z. B. in 58. pr. h. t. unbedenklich eine bloße societas quoad usum

angenommen, wenn A. drei, B. ein Pferd hat, und eine Sozietät unter ihnen zu dem Zwecke abgeschlossen wird, um die vier Pferde als Viergespann vortheilhafter verkaufen zu können. Ist nun aber in solchen Fällen nur eine societas quoad usum anzunehmen, so versteht es sich ganz von selbst, daß nach Aufhebung der Sozietät der Sozius gerade die von ihm eingeworfenen Sachen wieder zurückverlangt — denn er hat ja niemals aufgehört, Eigenthümer zu sein —, und auch das ist unzweifelhaft, daß, wenn eine solche Sache durch Zufall beschädigt oder vernichtet wird, der Schaden nur ihn allein treffen kann, vgl. bes. l. 58. pr. cit.:

> *Ulp.* „Si id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum libr. VII. Dig. ad epistolam Cornelii Felicis: Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coivimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus".

Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob auch von Seiten der übrigen socii eben solche Sachen in die Sozietät konferirt werden, oder ob diese etwa nur zu Dienstleistungen sich verpflichtet haben, und so ist also z. B. eine societas quoad usum auch dann anzunehmen, wenn der Eine ein Sklavenkind dem Andren zur Erziehung gibt, um dann nachher den Erlös unter sich zu theilen, l. 13. §. 1. praescript. verb. (19, 5):

> *Ulp.* „Julianus libro XI. Dig. scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos veniisset, pretium inter nos communicaretur: abhorrere haec ab area eo, *quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit*";

vgl. auch l. 52. §. 2. h. t.

2) Wenn aber die konferirten Sachen vertretbar oder verbrauchbar sind, so muß umgekehrt eine societas *quoad sortem* angenommen werden. Da nämlich solche Sachen nicht anders gebraucht werden können, als mit Vernichtung des bisher daran bestehenden Eigenthumsrechts, und die Gebrauchs-Ueberlassung also nothwendig eine Eigenthums-Ueberlassung involvirt, die Einwerfung in die Sozietät aber eben zu dem Zwecke geschieht, um der Sozietät — also sämmtlichen sociis — den Gebrauch zu überlassen, so ergibt sich daraus unser Satz von selbst, und namentlich findet derselbe seine hauptsächlichste und häufigste Anwendung dann, wenn die Sozietäts-Beiträge in Geld bestehen. Hieraus folgt

aber von selbst, daß, wenn die von einem Sozius konferirten Gelder durch Zufall verloren gehen, der Schaden nicht ihn allein, sondern die Sozietät trifft, und wenn also z. B. zwei Kaufleute, Jeder 1000 Thaler, zusammen schießen, um gemeinschaftlich ein Geschäft zu machen, und das von dem Einen gegebene Geldpacket geht, etwa auf der zum Zwecke des Waareneinkaufs unternommenen Seereise, zufällig zu Grunde, so behält derselbe nichts desto weniger seinen Sozietäts-Antheil, und wenn das mit den übriggebliebenen 1000 Thalern abgeschlossene Geschäft einen Gewinn von 1000 abwirft, so werden die nach Auflösung der Gesellschaft vorhandenen 2000 unter die beiden socii gleichheitlich vertheilt, ganz eben so, wie wenn wirklich die vollen, von beiden Gesellschaftern konferirten 2000 zu dem Geschäft verwandt, dasselbe aber ohne den gehofften Gewinn geblieben wäre, l. 58. §. 1. h. t.:

> *Ulp.* „Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, utputa si pecunia, quum peregre portaretur ad mercem emendam, periit; si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit".

Von selbst versteht sich übrigens, daß, ungeachtet der durch die Einwerfung begründeten Eigenthums-Gemeinschaft, doch nach Auflösung der Sozietät die eingelegten Gelder in demselben Verhältniß restituirt werden müssen, wie sie eingelegt wurden, und dies zwar selbst dann, wenn etwa bei ungleichen Einlagen doch gleiche Antheile an Gewinn und Verlust verabredet worden sind. Gesetzt, A. und B. schließen eine Sozietät so ab, daß der Erstere 1000, der Zweite 2000 beitragen, Gewinn und Verlust aber dennoch gleich sein sollen; die 2000 des B. gehen verloren, mit den übrigen 1000 werden aber 3000 gewonnen, so daß bei Auflösung der Sozietät 4000 vorhanden sind. Diese 4000 müssen so vertheilt werden, daß der A. 1500, der B. aber 2500 davon erhält, denn da das ursprüngliche Sozietäts-Vermögen 3000 betrug, so ist nur ein Gewinn von 1000 vorhanden, und nur dieser ist gleichheitlich zu vertheilen, während die ursprünglichen Fonds nach denselben Raten, wie sie gegeben wurden, auch wieder zu restituiren sind. Wenn also in dem gegebenen Beispiele mit den übrig gebliebenen 1000 nur 2000 gewonnen wären, so hätte die Sozietät weder Verlust noch Schaden, und die am Ende vorhandenen 3000 fallen zu ⅓ an den A. und zu ⅔ an den B. Wären aber nur 1000 gewonnen, so hat die Sozietät einen Verlust von 1000, und dieser muß zur Hälfte von A., zur andern Hälfte von B. getragen werden, so daß von den vorhandenen 2000 der A. nur 500, der B. aber 1500 erhält; und wäre endlich das mit den übrig gebliebenen 1000 unternommene Geschäft ganz ohne Gewinn geblieben, so hätte die Sozietät 2000 verloren, wozu Jeder der beiden socii 1000 beitragen muß, so daß A. von den übrig gebliebenen 1000 nichts erhält, sondern diese blos an den B. fallen. — Ganz dieselben Grundsätze gelten auch in dem besonders bestrittenen (vgl. Glück XV. S. 397 fgg., *Mayr* cit. p. 32 sqq. und die hier zahlreich Angeführten) Falle, wenn nur von dem Einen der socii Geld, von

dem Andren aber Dienste geleistet werden. Auch in diesem Falle werden die konferirten Gelder gemeinschaftlich, und den etwaigen Verlust trägt nicht der Konferent allein, sondern die Sozietät, d. h. die Sozii nach den vertragsmäßig bestimmten Theilen; aber auch hier sind nach Auflösung der Sozietät die eingeschossenen Gelder ausschließlich dem zu restituiren, der sie gegeben hat. Setzen wir also z. B. A. und B schließen eine Sozietät in der Weise ab, daß A. ausschließlich die Fonds im Betrag von 10000 hergeben, B. aber die ganze Geschäftsführung übernehmen, und Gewinn und Schaden gleich vertheilt werden sollen. Wenn jetzt von den 10000, selbst noch ehe sie in dem Geschäft umgesetzt wurden, 4000 verloren gehen, so müßte, wenn A. allein die Gefahr trüge, derselbe jetzt 4000 nachschießen, oder, wenn dieses nicht geschähe, so müßte Alles so gehalten werden, wie wenn nur 6000 konferirt wären; aber dies wäre ganz irrig, und wenn also z. B. mit den übrig gebliebenen 6000 noch weitere 6000 erworben werden, so daß nach Auflösung der Sozietät 12000 vorhanden sind, so ist der Gewinn, den die Sozietät gemacht hat, nicht = 6000, wie man unter jener andren Voraussetzung annehmen müßte, sondern nur = 2000, und A. bekommt im Ganzen 11000, B. aber nur 1000. Wären mit den übrig gebliebenen 6000 gerade nur 4000 erworben, so bekommt B. gar nichts, sondern alle 10000 fallen ausschließlich an A., und wären etwa nur 2000 erworben, so hat die Sozietät einen Schaden von 2000, zu welchem A. die eine, B. die andere Hälfte kontribuiren muß, so daß B. noch 1000 an A. heraus zu zahlen hat. — Es ist auffallend, daß unsre meisten Schriftsteller dieses einfache Verhältniß so gänzlich verkennen. So werden namentlich viele älteren Juristen dadurch irre geführt, daß doch auch die von dem andren Sozius geleisteten Dienste mit in Anschlag gebracht werden müßten, denn diese gelten ja Statt Geld, §. 2. J. h. t.:

> „Nam et ita coire posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, *quia saepe opera alicujus pro pecunia valet*“,

l. 52. §. 2. h. t.:

> *Ulp.*: „— — *pretium enim operae artis est velamentum*“ (vgl. über diesen verkünstelten Ausdruck eines einfachen Gedanken die zahlreiche Literatur bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 380 sqq. und bei Glück a. a. O. S. 396 fgg. Not. 80.);

und diese Betrachtung führt sie dann entweder dahin, daß sie geradezu das gesammte bei Auflösung der Sozietät vorhandene Vermögen unter die beiden Gesellschafter gleichheitlich vertheilen wollen (vgl. z. B. Gloss. ad l. 1. C. h. t., *Teller*, de divis. lucri et damni cap. III. §. 5 sqq. ibique citt., Guyet a. a. O. S. 245.), oder doch dahin, daß man unterscheiden müsse, ob die Dienste des einen socius an Werth dem Geldbeitrage des Andren gleichständen oder nicht, so daß im ersteren Falle eine Vertheilung, im zweiten eine Rückgabe des Geldes an den Konferenten Statt finde (vgl. die bei Glück a. a. O. S. 398. Not. 82. Angeff). Gesetzt also, die Sozietät, wozu A. 10000, B. aber sehr umfassende Dienstleistungen beitrug, bleibt ihrem endlichen Resultate nach ohne den gehofften Gewinn, so sollen nach diesen Ansichten die 10000 unter die beiden socii

vertheilt werden; und man unterstützt diese Entscheidung noch durch die Betrachtung, daß die umgekehrte Ansicht, wornach der A. die 10000 allein, B. aber nichts bekommen solle, für den Letztern offenbar eine große Härte herbeiführen würde, denn dieser verliere darnach seine ganze Zeit und Arbeit, während der A. sein volles eingelegtes Kapital zurück erhalte. Das wahre Verhältniß ist aber vielmehr das, daß der A. seine Kapitalien, der B. aber seine Thatkraft und Einsicht in die Wagschale legen, und wenn diese vereinigten Fonds ohne das erwartete Resultat bleiben, so verliert der A. die Zinsen, der B. aber die einzelnen geleisteten Dienste; vgl. auch *Mayr* cit. p. 21. sqq. — Die Meisten (vgl. Glück a. a. O. und die dort in Not. 85. zahlreich Zitirten) vertheidigen dagegen die Meinung, daß immer, wenn nichts andres verabredet sei, das von dem einen socius eingelegte Kapital diesem auch während der Sozietät allein verbleibe, und dadurch gelangen sie denn zwar allerdings zu dem — aus einem andren Grunde — richtigen Satze, daß nach Aufhebung der Gesellschaft das ganze eingeschossene Kapital an den Konferenten restituirt werden müsse, folgern aber daraus auch weiter, daß auch aller Schaden nur diesen einen Sozius treffe. Wie aber selbst solche, die von richtigeren Prämissen ausgehen, in diesem letztren irrigen Satze mit der gemeinen Meinung übereinstimmen können, indem sie lehren, daß der andere socius niemals zu einem theilweisen Ersatze ex propriis verpflichtet sei, vgl. namentlich *Mayr* cit. p. 36, vermag ich nicht wohl einzusehen.

b) Verbindlichkeiten der socii. §. 652.

Ueber das periculum bei der Sozietät vgl. Wächter im ziv. Arch. XV. S. 206 fgg., Mommsen, Beiträge I. S. 405 fgg.

1) *Papinian.* l. 1. §. 1. de usur. (22, 1): Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae. — 2) *Pompon.* l. 60. pr. h. t.: Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, quum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas. — 3) *Paul.* l. 67. §. 1. h. t.: Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam foeneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partire debet, si societatis nomine foeneraverit; nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. — Vgl. Glück XV.

S. 442 fgg. und die dort Angeff., Treitſchke a. a. O. S. 43 fgg.

4) §. 9. J. h. t.: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque negligentiae nomine quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet, nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, hoc est sibi imputare debet. L. 52. §. 2. 3, l. 72. h. t.; cf. l. 5. §. 2. commod. (13, 6), l. 23. d. R. J. Haſſe, Kulpa §. 69, Treitſchke S. 50 fgg.

5) *Ulp.* l. 52. §. 4. h. t.: Quidam sagariam negotiationem coierunt, alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit; dicit Julianus, damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae, quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat; proinde et si quid naufragio periit, quum non alias merces, quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient; nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. L. 60. §. 1. verbunden mit l. 61. eod.

6) *Ulb.* l. 69. h. t.: Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas, praestaret, eosque a negotio demitteret, si eas iis non solverit, et pro socio, et ex vendito cum eo agendum est. Vgl über dieſes Fragment, welches man zu den leges damnatae zu zählen pflegt, die zahlreichen Nachweiſungen bei Glück XV. S. 450 fgg. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 394 sqq.; ſ. auch Leiſt in der Gießer Zeitſchr. XVII. S. 351 fgg., Kritz a. a. O. S. 135 fgg., Treitſchke S. 173 fgg.

c) Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten. §. 653.

Lauterbach, de socior. obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. 1668. (in Dissert. acad. vol. III. nr. 129. p. 727 sqq.), Glück XV. S. 460 fgg., Kritz a. a. O. S. 126 fgg., Thöl, Handelsr. I. §. 37., Treitschke S. 136 fgg., Gensel im prakt. Arch. N. F. I. S. 177 fgg., Windscheid Lehrb. §. 407.

Anm. Bei der Frage, ob und inwiefern Rechtsgeschäfte mit Dritten Rechte und Verbindlichkeiten für socii erzeugen, müssen mehrere Fälle von einander unterschieden werden:

I. Wenn das fragliche Geschäft von sämmtlichen Gesellschaftern abgeschlossen wird, so ist soviel ausgemacht, daß dieselben der Regel nach nur *pro rata* berechtigt, l. 11. §. 1. de duob. reis (45, 2), l. 9. C. si cert. petat. (4, 2), und nur *pro rata* verpflichtet werden, l. 4. pr. de exerc. act. (14, 1), l. 44. §. 1. de Aed. ed. (21, 1); denn die von Manchen (vgl. die bei Glück S. 462. Not. 34. Angeff.) vertheidigte Meinung, daß wenigstens während dauernder Sozietät eine solidarische Haftung eintrete, ist völlig grundlos, und kann am Wenigsten durch l. 27. h. t. unterstützt werden. Wohl entsteht aber hier die Frage, ob jene Betheiligung pro rata von Viriltheilen oder von den Sozietätsportionen zu verstehen sei? Das Erstere wäre gewiß das Natürlichste — denn was kümmern den Dritten die besondren Verhältnisse der socii unter einander? —; das Zweite ist aber in den Gesetzen bestimmt vorgeschrieben, l. 4. pr. cit.:

Ulp. „Si tamen plures per se navem exerceant, *pro portionibus exercitionis* conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur“,

l. 44. §. 1. cit.:

Paul: „— — quamvis actio ex emto cum singulis sit *pro portione, qua socii fuerunt*“;

diese Aussprüche dennoch mit Kritz S. 129. von Virilportionen verstehen zu wollen, halte ich für unmöglich. Dabei möchte sich aber von selbst verstehen, daß unter Sozietäts-Portionen nicht die Antheile der einzelnen socii an dem Grundstamme, sondern vielmehr die vertragsmäßigen Antheile am Schaden zu verstehen sind, und daß also auch der socius, der gar keine, oder nur sehr wenige Fonds eingeschossen hat, aber in Betreff des Gewinns und Schadens mit den übrigen soeiis gleichgestellt ist, aus einem gemeinsam abgeschlossenen Kontrakte zu gleichem Theile mit den Uebrigen verhaftet wird, vgl. auch Treitschke S. 143. — Natürlich kann aber auch der von sämmtlichen Gesellschaftern abgeschlossene Kontrakt vermöge besondrer Verabredung eine aktive oder passive Korreal-Obligation begründen, und ist dies der Fall, dann treten einige, schon früher besprochene Eigenheiten in Betreff der Kompensation, Konfusion und des pactum de non petendo ein, vgl. oben §. 573. Anm. 5. S. 87 fgg. Für *argentarii* socii galt die eigenthümliche Bestimmung, daß bei allen von

ihnen abgeschlossenen, auf ihr Gewerbe bezüglichen Geschäften eine Korreal-Obligation angenommen wurde, vgl. oben S. 68 fg. bei Nr. 5.

II. Wenn der Vertrag blos von Einem oder Einigen der Gesellschafter abgeschlossen wird, so gelten, was

1) die Berechtigung der übrigen socii aus einem solchen Vertrage anbelangt, vollständig die allgemeinen Grundsätze über Erwerb von Klagerechten durch Verträge Dritter, vgl. oben §. 608 Anm. Die übrigen socii können darnach nur als Zessionare klagen, und eine solche Zession nach Maßgabe ihrer Gesellschafts-Antheile zu fordern sind sie dann berechtigt, wenn sich das abgeschlossene Geschäft seinem Wesen nach als ein Sozietäts-Geschäft herausstellt. Diese Regel, daß die übrigen Gesellschafter nur vermöge Zession ein Klagerecht aus dem Vertrage des Einen erwerben, leidet nach römischem Rechte selbst dann keine Ausnahme, wenn der Kontrahent der Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, während man freilich h. z. T. in solchem Falle ohne Weiteres eine utilis actio einräumt, vgl. oben S. 282 fgg. und S. 288 fgg.

2) Was die Haftungspflicht der übrigen socii anbelangt, so kann es

a) vorkommen, daß der kontrahirende socius der Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, und auch als solcher das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Dann haftet Jeder der Uebrigen *in solidum*, l. 4. §. 1. de exerc. act. (14, 1):

Ulp.: „Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri“, cf. l. 1. §. ult., l. 2. eod., l. 13. §. 2, l. 14. de instit. act. (14, 3), s. auch oben S. 68, und zwar ohne das beneficium divisionis, „ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit“, l. 2. de exerc. act., cf. l. 27. §. 8. de pecul. (15, 1), gegen welchen letztren Satz man sich auch nicht auf die Nov. 99. berufen darf, s. oben S. 78 fgg. Daß derjenige, welcher eine solche Sozietätsschuld ganz getilgt hat, seinen Regreß gegen die übrigen socii nehmen kann, versteht sich von selbst l. 13. §. 2, l. 14. de inst. act., und zwar sind ihm diese nach Maaßgabe ihrer Gesellschafts-Antheile verhaftet, jedoch so, daß, wenn einer derselben insolvend ist, die Andren für dessen Antheil mit einzustehen haben, l. 67. pr. h. t. — Wenn übrigens Manche die solidarische Haftung nur dann annehmen wollen, wenn die übrigen socii solvend sind, und also eine Regreßklage gegen dieselben mit Erfolg angestellt werden kann, vgl. die bei Glück S. 467. Not. 47. 48. Angeff., und unter den neueren Thöl a. a. O. Not. 14 fg. 4 Aufl. S. 214 fgg.), so muß ich diese Ansicht für unbegründet halten. Was nämlich die dafür angeführte l. 14. de instit. act.:

Paul. „Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat“

anbelangt, so hat schon Glück S. 467. die offenbar richtige Bemerkung gemacht, daß hier nicht von einem Falle die Rede ist, wo die Regreßklage wegen Insolvenz des andren socius unnütz, sondern von dem andren, wo gar keine Regreßklage rechtlich statthaft ist, wie noch ganz bestimmt aus den gleich folgenden Worten der Stelle hervorgeht: veluti, si is, cujus servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit; nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo

judicium". Und eben so wenig darf man sich auch mit Thöl a. a. O. auf l. 13. §. 2. de instit. act. („Et verius esse ait, exemplo exercitorum *et de peculio actionis* in solidum unumquemque conveniri posse") verbunden mit l. 27. §. 1, l. 28. de pecul. (15, 1) berufen, denn in den letztren Stellen ist nicht, wie Thöl anzunehmen scheint, gesagt, daß die solidarische Haftung bei der actio de peculio dann wegfalle, wenn der andre dominus insolvend sei, sondern nur, daß dann, wenn bei dem andren dominus sich nichts vom Pekulium vorfinde, der Verklagte nur soweit kondemnirt werden könne, als er selbst vom Pekulium habe; vgl. auch Treitschke S. 149, Genfel a. a. O. S. 190 fgg.

b) Wenn der kontrahirende socius zwar nicht Institor oder Mandatar der Uebrigen ist, aber doch das Geschäft für die Sozietät abgeschlossen hat, so ist der Regel nach doch nur blos der kontrahirende Sozius selbst dem Dritten gegenüber verpflichtet, und dies leidet nur in zwei Fällen eine Ausnahme. Einmal nämlich versteht es sich, daß, wenn die übrigen Gesellschafter nachher dieses Geschäft ratihabirt haben, sie eben so in solidum belangt werden können, wie wenn der kontrahirende socius in ihrem Auftrage gehandelt hätte, cf. l. 60. de R. J. Dann aber soll auch zweitens unmittelbar gegen die übrigen socii Klage erhoben werden können, wenn durch das fragliche Geschäft die Sozietät bereichert worden ist, l 82. h. t.:

Papinian. „Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt",

in welchem Falle aber gewiß nach den Grundsätzen über in rem versio die andern Gesellschafter blos *pro rata* belangt werden können, arg. l. 10. §. 4, l. 13. de in rem verso (15, 3). Die Meinung, daß in der l. 82. cit. gar nicht von der Klage des Dritten gegen die Gesellschafter, sondern von der actio pro socio der Gesellschafter unter einander, die Rede sei, vgl. Sell, Versuche Bd. I. S. 48, Kritz a. a. O. S. 131 fgg., hat zwar gute innere Gründe für sich, möchte aber mit den Worten des Gesetzes schwerlich vereinigt werden können, vgl. auch Schol. 1. ad Basil. XII. 1. 80. bei Heimb. I. p. 787. (wo in solchem Falle die Klage des Dritten gegen die übrigen socii als utilis institoria actio aufgefaßt wird).

c) Wenn endlich der kontrahirende socius das Geschäft in eignem Namen abgeschlossen hat, dann ist immer auch nur er allein dem Dritten gegenüber obligirt, und von einer Haftungspflicht der übrigen socii kann selbst nicht in dem Falle die Rede sein, wenn auch die Sozietät Nutzen aus dem Geschäft gezogen hat. Zwar wollen Viele wegen der vorher angeführten l. 82. h. t. das Gegentheil behaupten, vgl. z. B. Glück S. 468, Thöl bei Not. 19 (4. Aufl. S. 216), aber eine solche Annahme würde so sehr mit den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts im Widerspruch stehen, daß wir wohl genöthigt sind, die l. 82. cit. von dem vorher bei lit. b. angeführten Falle zu verstehen, wenn der Kontrahent das Geschäft für die Sozietät, also als negotiorum gestor derselben, abgeschossen hat, vgl. auch Treitschke S. 162 fgg., a. a. O. S. 194,

Schließlich mag hier noch die Bemerkung ihren Platz finden, daß die hier bei Nr. II. angedeuteten Grundsätze auch vollständige Anwendung auf den Fall leiden, wenn ein Dritter — ein Nicht-Gesellschafter — für die Sozietät ein

Geſchäft abgeſchloſſen hat, und es muß alſo auch hierbei unterſchieden werden, ob dieſer Dritte als Inſtitor oder Mandatar, oder ob er als negotiorum gestor, oder ob er für ſich das Geſchäft vorgenommen hat.

d) Beendigung der Sozietät. §. 654.

1) *Ulp.* et *Paul.* l. 63. §. 10, l. 65. pr. h. t.: Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem *homines* maxima aut media capitis deminutione, aut morte; *res* vero, quum aut nullae relinquantur, aut conditionem mutaverint, neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus, quae consecrata publicatave sit; *voluntate* distrahitur societas renunciatione; [l. 65,] *actione* distrahitur, quum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis; Proculus enim ait, hoc ipso, quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem, sive totorum bonorum, sive unius rei societas coita sit.

2) *Paul.* l. 65. §. 3. h. t.: Diximus, dissensu solvi societatem; hoc ita est, si omnes dissentiunt; quid ergo, si unus renunciet? Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renunciatio facta sit, veluti si, quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde, quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renunciavit; ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renunciavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. Quodsi quid post renunciationem acquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo. — 3) *Ulp.* l. 14. h. t.: Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen, si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Elegantur Pomponius scripsit, frustra hoc convenire, nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuncietur societati, esse pro socio actionem; sed etsi convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuncietur, potest rationem habere renunciatio — — —. 4) *Paul.* l. 17. §. 1. h. t.: Si absenti renunciata societas sit, quoad is scierit, quod

is acquisivit, qui renunciavit, in commune redigi debet, detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciaverit; sed quod absens acquisivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse. — Vgl. Glück S. 469 fgg., Roman, über den einseitigen Rücktritt von einem abgeschl. Gesellschafts-Vertr. Heilbr. 1825, Höpfner im ziv. Arch. XVII. S. 262 fgg., S. 440 fgg., Kritz S. 96 fgg., Treitschke S. 178 fgg., *Chalybaeus*, de renunciatione societatis ab uno socior. facta. Kil. 1864.

c) Theilung des Gesellschafts-Vermögens. §. 655.

Mayr, de divisione bonorum societatis. Landish. 1825.

Anm. Es ist schon oben bemerkt worden, daß der Grundstamm der Gesellschaft immer in denselben Verhältnissen an diejenigen zurückkehrt, von denen er eingeschossen ist, und daß hierbei auch kein Unterschied zwischen der s. g. societas quoad sortem und quoad usum Statt findet (vgl. oben §. 651. Anm. 2.), und ebenso ist auch schon früher von den Verträgen die Rede gewesen, wodurch die Gewinn- und Verlust-Antheile der einzelnen Gesellschafter bestimmt werden können (§. 651. Anm. 1). Hier bleibt noch die Frage übrig, nach welchem Maaßstabe die Betheiligung am Gewinn und Verlust angenommen werden müsse, wenn kein besondrer Vertrag darüber abgeschlossen worden ist? und gerade dieser Punkt ist auch noch unter den neueren Juristen außerordentlich bestritten. Sehr Viele gehen nämlich von dem einfachen Grundsatze aus, daß sich die Größe des Gewinn- und Verlust-Antheils nach der Größe der Beiträge bestimme, und daß also dann, wenn erwiesener Maaßen die Beiträge ungleich waren, auch ungleiche Antheile an Gewinn und Verlust angenommen werden müßten, vgl. Glück XV. S. 405 fgg. und die dort in Note 100. zahlreich Angeff., Thibaut §. 542, Seuffert §. 350, Valett §. 547, Göschen §. 521. (S. 405), Roßhirt §. 450, Treitschke a. a. O. S. 110 fgg. Andere dagegen nehmen an, daß trotz ungleicher Beiträge doch immer arithmetisch gleiche Theile für Gewinn und Verlust Platz greifen müßten, wenn nicht vertragsmäßig ein anderes Verhältniß festgesetzt worden sei, vgl. die bei Glück a. a. O. in Not. 101. Angeff., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 29. h. t. tom. III. p. 373, *Mayr* cit. p. 56 sqq., *Schrader* ad Instit. p. 550, v. Wening §. 272, Schweppe, Handb. §. 475, Puchta §. 370, Kritz a. a. O. S. 37 fgg., Unterholzner II. S. 382 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IV. S. 687, Windscheid §. 406. Not. 13. u. A. m. So billig auch die erstre Ansicht zu sein scheint, und so Vieles sich aus allgemeinen Gründen für dieselbe sagen läßt, so läßt sich doch den Gesetzen nach gewiß nur die letztere Meinung rechtfertigen. So sagt namentlich Ulpian in l. 29. pr. h. t. geradezu:

„Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.

> Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cujuscunque alterius rei causa".

Die mancherlei Versuche, diesen Ausspruch mit der ersteren Meinung zu vereinigen, scheinen mir völlig unhaltbar. Wenn Manche unter den *aequae partes* s. g. relativ- oder geometrisch-gleiche — also in der That ungleiche — Theile verstehen wollen, so tragen sie in ganz unzulässiger Weise unsre moderne Sprechweise in die Sprache der Quellen hinein, wornach der Ausdruck: aequae partes immer nur von wirklich gleichen, von s. g. arithmetisch gleichen Theilen gebraucht wird, *Brisson.* de V. S. s. v. aequales partes, *Schult.* et *Smallenb.* l. c., *Schrader* cit., und in unsrer Stelle ist diese letztere Bedeutung um so zweifelloser, da der in dem folgenden Passus ausgesprochene Gegensatz ohnedies ganz sinnlos wäre. Offenbar eben so unzulässig ist es, bei dieser Entscheidung supponiren zu wollen, daß auch gleiche Einlagen gemacht worden seien, und wenn endlich Manche die Worte: si non fuerint partes adjectae so auslegen wollen, „wenn über die Größe der Einlagen nichts im Vertrage bestimmt worden sei", so scheitert auch diese Interpretation an dem folgenden Gegensatze, wo augenscheinlich nur von Gewinn- und Verlust-Antheilen die Rede ist; vgl. auch Schol. 2. ad Basil. XII. 1. 29. bei Heib. I. p. 739. — In völliger Uebereinstimmung mit Ulpian sagt Gaius comm. III. 150:

> „Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, *tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse*",

und eben so Justinian in §. 1. J. h. t.:

> „Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, *aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur;* quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent";

vgl. auch *Theoph.* ad h. l. Endlich kann hier auch noch Nov. Leon. 103. angeführt werden:

> „In societatibus usitatum est, ut fere, qui plus contulit, idem plus lucri sentiat; et recte sane negotium instituunt, *inter quos ita convenit*".

— Wenn man gegen diese so klaren und unzweideutigen Aussprüche unsrer Quellen die l. 6. und l. 80. h. t. anführt, und dadurch die entgegengesetzte Lehre begründen will, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen. In l. 6. cit. sagt Pomponius:

> „Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societati constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est boni viri arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit",

und er setzt also hier mit klaren Worten voraus, daß durch einen besondern Nebenvertrag Einem der socii die Bestimmung der Theile überlassen worden sei; und eben so wird in l. 80. cit., vgl. mit l. 76—79. eod., der Fall entschieden,

wenn vertragsmäßig die Bestimmung der Theile einem Dritten überlassen wurde, und für diesen Fall wird dann auch hier gesagt:

„Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat".

Daß in Fällen dieser Art — wo die socii gerade durch den Nebenvertrag deutlich aussprechen, daß sie es nicht bei der gesetzlichen Regel lassen wollen — die Größe der Beiträge den Maaßstab für die Größe der Gewinn- und Verlust-Antheile geben soll, ist freilich sehr natürlich; wie aber daraus etwas für den ganz andren Fall gefolgert werden kann, wenn gar keine Nebenverabredung getroffen worden ist, vermag ich in der That nicht einzusehen.

Hiernach müssen denn also die Gesellschafter, wenn sie bei ungleichen Beiträgen auch ungleiche Antheile am Gewinn und Verlust beabsichtigen, dies durch besondere Verträge festsetzen, und in der That erscheint auch ein solcher Satz gar nicht so unverständig und unbillig, wie es vielleicht beim ersten Anblicke scheinen möchte. Bei einer Sozietät kommen nämlich gar nicht blos die eigentlichen Beiträge in Betracht, sondern sehr oft influiren hier auch noch andre Umstände, die schlechthin keiner bestimmten Schätzung fähig sind, und so können z. B. der Name, der Kredit, die sozialen Verhältnisse eines Sozius zur Erreichung der Gesellschafts-Zwecke mehr beitragen, als die eingeschossenen Gelder oder die vertragsmäßig zu leistenden Arbeiten. Da liegt denn gewiß die Vermuthung sehr nahe, daß, wenn ungleiche Beiträge und nicht zugleich auch ungleiche Antheile am Gewinn und Verlust verabredet worden sind, die Ungleichheit der Beiträge nach der Ansicht der Paziszenten durch solche oder ähnliche Umstände ausgeglichen werde; und ein Gesetz, welches hieraus eine praesumtio juris macht, verdient meines Erachtens schlechthin keinen Tadel.

f) Von der societas omnium bonorum. §. 656.

1) *Paul.* et *Gai.* l. 1. §. 1, l. 2, l. 3. pr. h. t.: In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur, [l. 2.] quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. [l. 3]. Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent.

2) *Paul.* l. 27. h. t.: Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est, solutum sit. Igitur et si sub conditione promiserat, et distracta societate conditio extitit, ex communi solvendum est; ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt.

3) *Ulp.* l. 73. h. t.: Si societatem universarum fortunarum

coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. Idem Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrimque imputanda.

B) Communio incidens.

Unterholzner II. S. 393 fgg., Koch III. S. 551 fgg., Kritz, Pandektenr. Theil I. Band 2. S. 4 fgg., *Molitor* II. p. 337 sqq., Sintenis II. §. 122.

a) Von den daraus hervorgehenden Rechtsverhältnissen. §. 657.

1) *Ulp.* l. 31, *Gai.* l. 34. pro soc. (17, 2): Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta quum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. [l. 34.] Quibus casibus, si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non societatis judicio locus est; sed inter coheredes quidem familiae herciscundae judicio agitur, inter ceteros communi dividundo. — 2) §. 3. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27): Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter iis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

3) *Paul.* l. 25. §. 16. fam. herc. (10, 2): Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum;

non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.* Eadem sunt, si duobus res legata sit; nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.

4) *Diocletian.* et *Maximian.* l. 3. C. communia utriusque judic. (3, 38): Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Vgl. Glück XI. S. 93 fgg.

d) Von den judicia divisoria. §. 658.

Dig. X. 1. finium regundorum, X. 2. familiae herciscundae, X. 3. communi dividundo; Cod. III. 36. fam. herc., III. 37. comm. divid., III. 38. communia utriusque judicii tam. fam. herc. quam comm. divid., III. 39. finium regundorum. — Glück X. S. 419 fgg., XI. S. 1 fgg., S. 119 fgg. — Ueber die actio fam. herc. ſ. oben Bd. II. §. 514. Ueber die actio finium regundorum vgl. außer Glück a. a. O. und den dort S. 433. Not. 18. Zitirten auch noch Weiſke, ſkept. prakt. Beh. Nr. 3, Puchta in der Zeitſchr. für Recht und Geſetzgebung in Kurheſſen. H. 2. S. 1 fgg. (auch in deſſelben kl. ziv. Schriften S. 347 fgg.) Wiederhold in der Gießer Zeitſchrift XIII. S. 35 fgg., Sternberg ebendaſ. XVII. S. 426 fgg., Rudorff in der geſch. Zeitſchr. X. S. 343 fgg. und in den gromatiſchen Inſtitutionen (in den röm. Feldmeſſern von Blume, Lachmann und Rudorff Bd. II.) S. 422 fgg. beſ. S. 433 fgg., Hoffmann im ziv. Arch. XXXI. S. 493 fgg., XXXV. S. 350 fgg., Karlowa, Beiträge zur Geſch. des röm. Zivilproz. Bonn 1865. S. 141 fgg. — Ueber die actio communi dividundo ſ. auch Brinkmann, Verhältn. der a. comm. divid. und der a. negot. gestor. zu einander. Kiel 1855.

1) *Paul.* l. 14. comm. divid.: In hoc judicium hoc venit, quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit se socium habere. §. 1. Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si com-

muni dividundo judicio mecum agetur, aequitate ipsius judicii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo; sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim; sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est; nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego, poterat retentionem facere; et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Quae quum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione. Diversum est enim, quum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem; et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio. Vgl. über dieſe vielbeſprochene Stelle die Nachweiſungen bei Glück XI. S. 152 fgg., Sintenis a. a. O. Anm. 22, Witte, Bereicherungskl. S. 9 fgg.

2) *Paul.* l. 29. pr. eod.: Si quis, quum existimaret fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset, recte dicitur, etiam communi dividundo judicium ei sufficere; hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem, cujus socii; neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor, et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur. Denique ea actione pupillum teneri dicimus, ut impendia restituat officio judicis. Diversa causa est ejus, qui putat, se in rem propriam impendere, quum sit communis; huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum est. Ille enim, qui scit, rem esse communem, vel aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, et in persona labitur. Glück XI. S. 148 fgg., Witte a. a. O. S. 16 fgg.

Anm. Bei Grenzirrungen und Grenzſtreitigkeiten immer zu jener rei vindicatio ſeine Zuflucht nehmen zu müſſen, würde, abgeſehen von vielen

andren Gründen, ſchon darum in den meiſten Fällen ſehr ungenügend ſein, weil es dem Kläger häufig gar nicht möglich iſt, das zu vindizirende Objekt genau zu beſtimmen; und weil hier überhaupt meiſtens unter den confines gar nicht eine eigentliche lis, ſondern nur ein „jurgium“ Statt findet, vgl. *Nonius* s. v. Jurgium. So führte denn das Bedürfniß ſchon frühe zu einer beſondren Grenzſcheidungs-Klage hin, und ſchon die 12 Tafeln enthalten darüber die Beſtimmung, daß dabei drei Sachverſtändige (arbitri) entſcheiden ſollten, an deren Stelle dann durch eine lex Mamilia ein arbiter geſetzt wurde, *Cic.* de legib. I. 18. Bei dieſem judicium finium regundorum mußten aber doch zwei Fälle ſcharf unterſchieden werden, nämlich die controversia *de fine* und die controversia *de loco*, welche Ausdrücke wenigſtens ſpäter als techniſche hierfür vorkommen, vgl. beſ. *Frontin.* bei Goes. p. 39 sqq., bei Lachmann p. 9 sq., *Hygin.* bei Blume im Rhein. Muſ. VII. S. 158 fgg., bei Lachmann p. 126 sqq. Wenn nämlich die Grenzirrung ſich blos auf den Grenzrain beſchränkte — auf die quinque pedes der 12 Tafeln und der lex Mamilia —, dann ſollte bei dieſer controversia de fine ein Sachverſtändiger, ein agrimensor, als Richter entſcheiden, und dieſe Entſcheidung ſchlechthin darauf gerichtet ſein, nach rein techniſchen Grundſätzen die früheren Grenzen wieder aufzufinden, und resp. die neuen zu fixiren; und zwar ſollen hierbei ſo ſehr die rein techniſchen Regeln entſcheiden, daß ſelbſt keinerlei Uſukapion dabei berückſichtigt werden durfte, *Cic.* cit. Ging dagegen die Grenzirrung weiter, überſchreitet ſie alſo die quinque pedes — controversia de loco —, dann wurden zwar natürlich auch Sachverſtändige zugezogen, aber nicht als Richter, ſondern als advocati, und der judex hatte alſo nicht nur nach Regeln der praktiſchen Geometrie zu entſcheiden, ſondern dabei kamen auch Rechtsgrundſätze, namentlich Rechtsveränderungen durch usucapio, in Betracht, vgl. beſonders *Hygin.* l. c. p. 164, bei Lachmann p. 130. („Constabit tamen, rem magis esse juris, quam nostri operis, *quoniam saepe usucapiuntur loca, quae in biennio possessa fuerint*“). So näherte ſich alſo freilich dieſe controversia de loco der eigentlichen *vindicatio* loci, die dann Platz greift, wenn nicht wegen Grenzirrungen, ſondern aus einem andren Grunde ein Stück eines fundus von einem Dritten in Anſpruch genommen wird —, aber doch unterſchieden ſich noch immer beide Klagen weſentlich theils durch die Duplizität, theils durch die Adjudikation, welche beide Beſonderheiten bei der eigentlichen vindicatio nicht Platz greifen konnten, wohl aber bei der controversia de loco eben ſo wie bei der controv. de fine vorkamen. — Dieſe eben dargeſtellten Verhältniſſe dauerten aber ſelbſt nach dem Untergang des ordo judiciorum privatorum fort, und namentlich verordnete noch Konſtantin ausdrücklich, daß bei einer controversia de fine — „cum intra quinque pedes locum, de quo agitur, apud praesidem esse constiterit“ —, ein Sachverſtändiger, ein agrimensor, entſcheiden ſoll, während über die controversia de loco von dem praeses judizirt wird, l. 3. C. Theod. fin. regund. (2, 26). Zwar hob Valentinian im J. 385. den bisher immer feſtgehaltenen Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Fällen auf, und dehnte die freiere Behandlung der controversia de fine auch auf die controversia de loco aus, indem auch bei der letzteren ein Sachverſtändiger rein nach techniſchen Regeln

entſcheiden, und namentlich auch hier alle Uſukapion ausgeſchloſſen ſein ſoll, l. 4. C. Th. eod.:

> „Quinque pedum praescriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur hujusmodi litibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi jurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quisquam se asserat diligentius coluisse, quando omne hujusmodi jurgium solo praecipimus jure discigni, quo artis hujus peritis omnem comisimus sub fideli arbitrio notionem“;

aber wenige Jahre darauf (im J. 392) kehrte Theodoſius vollſtändig zu der früheren Unterſcheidung zurück, l. 5. C. Theod. eod.:

> „Cunctis molitionibus et machinis amputatis, finalibus jurgiis ordinem modumque praescripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri jure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare. Quodsi loca in controversiam veniant, solenniter de his judices recognoscent, et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita, ut causa cognita et redhibitioni obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat“.

Im Juſtinianiſchen Rechte hat unſer Verhältniß, ohne daß Juſtinian eine eigene Konſtitution darüber erlaſſen hätte, durch Ausmerzungen in den Pandekten-Fragmenten, und durch Interpolation früherer Konſtitutionen eine eigenthümliche Geſtalt angenommen. Indem nämlich die Konſtantiniſche Verordnung (l. 3. C. Theod. cit.) ganz weggelaſſen, von der Valentinian'ſchen (l. 4. eod.) nur der erſte Paſſus rezipirt, l. 5. C. J. fin. reg. (3, 39):

> „Quinque pedum praescriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio“;

die Theodoſiſche aber (l. 5. C. Th. cit.) bis zur Unkenntlichkeit entſtellt wurde, l. 6. C. J. eod.:

> „Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere“, vgl. auch l. 1. §. 1. C. de annali except.:

ſo entſtand das Reſultat, daß jetzt jeder Unterſchied zwiſchen der controversia de fine und de loco aufhörte, und bei allen Grenzſtreitigkeiten die Uſukapion ausgeſchloſſen, dagegen die dreißigjährige Verjährung zugelaſſen wurde. Von einem Richteramt der Sachverſtändigen iſt aber natürlich überall keine Rede mehr, ſondern dieſelben werden nur als begutachtend zugezogen, und das Urtheil immer von den judices ordinarii geſprochen. Vgl. auch Unterholzner, Verj. Bd. I. S. 181 fgg., Rudorff a. d. aa. OO., Puchta, Kurſus der Inſtit. II. §. 234, Müller, Eviktion I. S. 245 fgg., Karlowa a. a. O., welcher Letztre übrigens in mehrfacher Beziehung zu andren Ergebniſſen kommt.

Ueber dieſes judicium finium regundorum, wie es ſich im Juſtinianiſchen

Rechte herausstellt, — also ohne alle Berücksichtigung der quinque pedes —, gelten nun im Wesentlichen folgende Grundsätze:

1) Die Klage findet nur Statt bei aneinander liegenden praedia rustica, einerlei übrigens, ob sie auf dem Lande oder in der Stadt liegen, l. 4. §. 10. h. t. Dadurch, daß auf der einen Seite ein Gebäude steht, wird die Klage aber nicht ausgeschlossen, l. 2. pr. h. t. Wenn sich zwischen den beiden Grundstücken ein öffentlicher Weg oder Fluß hinzieht, so ist die Klage unstatthaft, l. 4. §. ult., l. 5. 6. h. t.

2) Die Klage wird gleichsam *inter ipsos fundos* ventilirt, l. 4. §. 8. h. t. und fundi nomine können nicht blos die Eigenthümer, sondern auch Emphyteutmänner, Nutznießer und Pfandgläubiger bei diesem judicium auftreten, l. 4. §. 9. h. t. Kommt es in solchem Falle zu einer adjudicatio, so kommt diese auch den Eigenthümern zu Gute, „quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur", l. 4. §. 5. h. t. Unter Miteigenthümern ist natürlich die Klage ausgeschlossen, und eben so auch dann, wenn das eine Grundstück Einem ausschließlich, das andere aber Diesem und einem Andren gemeinschaftlich gehört, l. 4. §. 6. 7. h. t.

3) Vorausgesetzt wird eine Grenzstreitigkeit, mag dieselbe nun eine eigentliche Grenzverwirrung sein, so daß Keiner der Anlieger die wahren Grenzen angeben kann (s. g. actio finium regundi simplex), oder eine Grenzirrung, wobei Jeder der Anlieger eine bestimmte, von der Angabe des Andren abweichende, Grenze angiebt (s. g. actio fin. reg. qualificata). Die neuerlich vertheidigte Meinung, daß eine Grenzstreitigkeit überhaupt bei unsrer Klage gar nicht vorausgesetzt werde, sondern daß sie wesentlich dazu bestimmt sei, eine gesetzliche obligatio der confines auf eine kunstmäßig vorzunehmende Abmarkung zu realisiren, vgl. Wieberhold a. a O., läßt sich aus unsren Quellen gewiß nicht konstruiren, indem dort überall eine *controversia* de finibus, ein *jurgium* vorausgesetzt wird, und am Wenigsten paßt dazu der an die Spitze des Pandektentitels gestellte Ausspruch des Paulus in l. 1. h. t.:

„Finium regundorum actio in personam est, *licet pro vindicatione rei est*",

denn offenbar ist der Sinn desselben, daß die actio fin. reg. wesentlich auf Wiederherstellung gestörter Eigenthums-Verhältnisse gerichtet sei, was nach Wiederhold's Ansicht begreiflich nicht behauptet werden könnte.

4) Der wesentliche Zweck der Klage ist hiernach, daß die früheren Grenzen wieder festgestellt werden sollen, und hierbei kommt denn, sowohl was die Beweislast, als das Urtheil anbelangt, die Duplizität des judicium finium regund. besonders in Betracht, l. 10. h. t., vgl. oben Bd. I. S. 676 fgg. Eine Eigenheit hierbei ist, daß, wenn die früheren Grenzen zwar festgestellt sind, aber dieselben sich als unzweckmäßig herausstellen, und die Lokalität passendere Abmarkungen an die Hand gibt, der Theilungsrichter die alten Grenzen verlassen, also dem einen Nachbar ein Stück des fremden Eigenthums zusprechen, und ihn dafür zu einer entsprechenden Entschädigung verurtheilen darf, l. 2. §. 1. h. t.:

Ulp. „Et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam

regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem",

§. 6. J. de offic judic. (4, 17). — Es kann aber auch sein, daß die früheren Grenzen so verdunkelt sind, daß sich dieselben gar nicht wieder auffinden lassen, und in diesem Falle soll der Richter das streitige Grenzland gleichsam als eine res communis ansehen, und nach seinem Ermeisen einen Durchschnitt machen dürfen, um zu einer festen Grenzbestimmung zu gelangen, l. 2. §. 1. h. t.:

Ulp. „Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat".

5) Außer dem eben angegebenen Hauptzwecke können aber bei dem judicium finium regundorum auch noch Nebenleistungen zur Sprache kommen, Ersatz verursachten Schadens, Herausgeben gezogener Nutzungen u. dgl., l. 4. §. 1. 2. h. t., §. 6. J. de off. jud. (4, 17). Doch kommen hierbei regelmäßig nur die nach der Litiskontestation gezogenen Früchte in Betracht, und die vorher gezogenen nur dann, wenn sie noch vorhanden sind: sind sie nämlich bereits konsumirt, so können sie von dem bonae fidei possessor gar nicht, von dem malae fidei possessor nur mit einer condictio abgefordert werden, l. 4. §. 2. h. t.:

Paul. libr. XXIII. ad Edict: „Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio, nam et culpa et dolus exinde praestantur; sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient, aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumsit, aut mala fide, et condici oportet".

Wenn es dagegen in l. 56. fam. herisc. (10, 2) heißt:

Paul. libr. XXIII. ad Edict.: „Non solum in finium regundorum, sed et familiae herciscundae judicio praeteriti quoque temporis fructus venient",

so versteht es sich wohl von selbst, daß zwischen diesen beiden, aus demselben Buche entnommenen Stellen kein Widerspruch angenommen werden darf, sondern daß der vage Ausspruch der zweiten durch die Detaildarstellung der ersten erklärt werden muß.

4) Schuldverhältnisse aus unentgeldlicher Geschäftsbesorgung.

a) Mandatum.

Inst. III. 26. [27] de mandato, Dig. XVII, 1, Cod. IV. 35. mandati vel contra. — Glück XV. S. 239 fgg. und die dort in Not. 1. Angeff., Kritz, Pandekteur. Th. I. Bd. 1. S. 1 fgg., Unterh. II. S. 585 fgg., Koch III. S. 442 fgg., Heimbach im Rechtslex. VII. S. 12 fgg., *Molitor* II. p. 375 sqq., Sintenis II. §. 113. Vgl. auch Gesterding, alte und neue Irrthümer Nr. VI. S. 183 fgg. („Beiträge zur Lehre vom Mandat").

a) Begriff und Erforderniſſe. §. 659.

1) *Paul.* l. 1. §. 4. h. t.: Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

2) *Gai.* l. 2. h. t.: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. -- — — (§. 6). Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces; cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. — In §. 6. J. h. t. wird dies faſt wörtlich, ohne irgend eine Aenderung des Sinns wiederholt, denn wenn Hepp im ziv. Arch. XI. S. 43 fgg. in dem Ausdruck der Inſtitutionen: »quia nemo ex consilio *mandati* obligatur« eine ſolche Aenderung finden will, indem Juſtinian hiermit einen monſtröſen Zwitterbegriff — ein consilium mandati, einen „Mandats-Rath", oder wenn man lieber wolle, ein „Raths-Mandat" — in's Leben gerufen habe, ſo beruht dies auf einem augenſcheinlichen Mißverſtändniſſe, indem »mandati« nicht mit »consilio«, ſondern mit »obligatur« verbunden werden muß, und darnach die Einſchiebung dieſes Worts offenbar ſehr unſchuldig iſt. — Nachdem nun aber in den Inſtitutionen die obige Pandektenſtelle wörtlich wiederholt worden iſt, fährt der Kaiſer ſo fort: »Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur; et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam foenerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset«.

Anm. Ein bloſer Rath (consilium) hat der Natur der Sache nach ſchlechthin keinen obligatoriſchen Charakter (T. 2), und es kann daraus weder für den Rathgeber noch für den Berathenen irgend eine Verbindlichkeit entſtehen. Das Letztere leidet durchaus keine Ausnahme, während es allerdings Fälle gibt, in denen der Rathgeber ſeines Raths wegen zum Schadenserſatz verpflichtet wird.

1) Wenn Jemand in argliſtiger Abſicht einen ſchädlichen Rath gibt, ſo kann unbedenklich die actio de dolo gegen denſelben angeſtellt werden, l. 47. pr. de R. J.:

„Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit".

2) Wenn Jemand in ſeiner Qualität als Kunſtverſtändiger um Rath gefragt wird, und er ſich darauf einläßt, ſo iſt hier offenbar nicht ein bloſes consilium vorhanden, ſondern es iſt unter dieſen Umſtänden ein beſonderes obligatoriſches Verhältniß zwiſchen dem Anfragenden und dem Rathgeber begründet, welches den letzteren zur Anwendung obligationsmäßiger diligentia verpflichtet, und hier kann es alſo kommen, daß ein Rathgeber auch ſchon wegen bloſer Kulpa verantwortlich wird. Vgl. auch Geſterding a. a. O. S. 199, Neuſtetel a. a. O. S. 40. Wening §. 302. Für dieſen aus allgemeinen Prinzipien hervorgehenden Satz darf man ſich aber freilich nicht auf l. 2. quod quisque jur. (2, 2) berufen, denn hier iſt überhaupt nicht von einer Rathsertheilung, und am Wenigſten von einer Verantwortlichkeit des Rathgebers dem Berathenen gegenüber die Rede.

3) Wenn der Rathgeber durch beſondren Vertrag die Folgen ſeines Raths auf ſich zu nehmen verſprochen hat, ſo ſcheint es nach allgemeinen Grundſätzen nicht zweifelhaft ſein zu können, daß derſelbe den daraus hervorgegangenen Schaden zu erſetzen verpflichtet wird. Dennoch beſtreitet dies Thibaut, indem derſelbe einem ſolchen Vertrage nur dann Wirkſamkeit einräumen will, wenn zugleich nachgewieſen werde, daß der Berathene ohne den Rath die fragliche Handlung gar nicht vorgenommen haben würde; keiner dieſer beiden Umſtände allein genüge, ſondern beide müßten zuſammentreffen, um den Rathgeber verantwortlich zu machen, vgl. Thibaut's Verſuche Bd. I. Nr. 8, Syſt. §. 518, Braun's Erörtr. S. 781 fgg., Glück XV. S. 367. Thibaut argumentirt ſo: Ein mandatum tua gratia ſei nach römiſchem Rechte unverbindlich (T. 2), und dies leide nur dann eine Ausnahme, wenn der Mandatar gerade nur durch das Mandat zur Handlung beſtimmt worden ſei, l. 6. §. 5. h. t.:

Ulp. „Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit, *aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, et si mea non interfuit, tamen erit mandati actio*",

In der Natur eines jeden mandatum, und alſo namentlich auch des mandatum tua gratia liege nun aber das ſtillſchweigende Verſprechen des Mandanten, für die Folgen des mandatum einſtehen zu wollen, und gerade dadurch unterſcheide ſich das mandatum tua gratia von dem bloſen consilium. Komme nun zu dem letzteren ein Verſprechen des Rathgebers, für die Folgen des Raths haften zu wollen, dann ſei ein ſolches consilium juriſtiſch einem mandatum tua

gratia gleich zu achten, und alſo, wie das letztere, unverbindlich, wenn nicht nach l. 6. §. 5. cit. noch der weitere Umſtand hinzutrete, daß der Berathene ohne dies nicht gehandelt haben würde. — Offenbar iſt aber die Prämiſſe, von welcher Thibaut ausgeht, daß in dem mandatum tua gratia eine ſtillſchweigende Uebernahme der Gefahr enthalten ſei, völlig ungegründet. Die Geſetze gehen vielmehr von der Anſicht aus, daß bei einem ſolchen Mandate nicht die Abſicht, ſich obligiren zu wollen, angenommen werden könne, und gerade darum ſagen ſie, daſſelbe ſei nicht obligatorium. Daß demnach die geſetzlichen Ausſprüche von dem nicht obligatoriſchen Charakter des mandatum tua gratia unmöglich auf den Fall angewendet werden können, wenn Jemand durch beſondren Vertrag für die Folgen eines gegebenen Raths einſtehen zu wollen verſprochen hat, verſteht ſich doch wahrlich von ſelbſt, und es muß alſo in dem letztren Falle völlig gleichgültig ſein, ob der Berathene gerade durch den Rath zu der fraglichen Handlung beſtimmt worden iſt, oder ob er dieſelbe auch ohnedies vorgenommen haben würde. Auch in dem letztren Falle fordert derſelbe aus dem Vertrage Erſatz für die etwa erlittenen Nachtheile, wie er dies ja im Falle eines ſolchen Vertrags unbedenklich ſelbſt dann thun könnte, wenn der Promittent gar keinen Rath gegeben hätte. Es wäre in der That wunderbar, daß ein Vertrag, wodurch Jemand das Riſiko für irgend eine Unternehmung eines Dritten übernimmt, ein Vertrag alſo, welcher allein ſtehend unbedenklich wirkſam ſein würde, ſeine Wirkſamkeit dadurch verlieren ſollte, daß der Promittent dem Promiſſar jene Unternehmung zugleich angerathen hat! Vgl. auch Geſterding, Irrth. a. a. O. S. 197 fgg., Neuſtetel im ziv. Arch. II. 4, Sintenis, gem. Zivilr. II. S. 566. Anm. 16, Heimbach, Rechtslex. IX. S. 451 fgg., Holzſchuher III. §. 275.

4) Manche nehmen an, daß ein Rath auch ſchon dann den Rathgeber zum Schadenerſatz verpflichte, wenn der Berathene nachweiſe, daß er ohne den ihm gegebenen Rath die fragliche Handlung nicht vorgenommen haben würde, vgl. z. B. Hepp im ziv. Arch. XI. 3, Sintenis a. a. O., Heimbach a. a. O. S. 453. Dieſe Anſicht gründet ſich auf die einfache Argumentation, daß dieſe Regel anerkannter Weiſe bei dem mandatum tua gratia gelte, l. 6. §. 5. h. t., das mandatum tua gratia aber in den Geſetzen als ein consilium aufgefaßt werde, T. 2, ſo daß, was von dem einen gelte, auch auf das andere angewendet werden müſſe. Gewiß aber kann daraus, daß es in den Geſetzen heißt, das mandatum tua gratia ſei *magis* consilium, quam mandatum, et ob id non obligatorium, nicht eine völlige Identität beider Rechtverhältniſſe gefolgert werden, ſondern es iſt da nur eine, auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtſchaft derſelben angedeutet, weßhalb denn auch für beide dieſelbe Regel gilt, daß ſie nicht obligatoriſch ſein ſollen. Dadurch werden wir aber nicht berechtigt, eine Ausnahme von dieſer Regel, welche blos für das mandatum tua gratia in den Geſetzen anerkannt iſt, auch auf das consilium anzuwenden, und zwar um ſo weniger, da dieſelbe in ihrer Anwendung auf den Rath viel ſingulärer erſcheinen würde, und viel weniger gerechtfertigt werden könnte, als in ihrer Anwendung auf ein Mandat. M. E. iſt daher die l. 6. §. 5. cit. auf das mandatum tua gratia zu beſchränken, und ein bloſer Rath obligirt

ſelbſt dann den Rathgeber nicht, wenn er auch das Motiv für die Vornahme der Handlung geweſen ſein ſollte.

b) Verbindlichkeiten der Kontrahenten. §. 660.

Ueber die Haftpflicht des Mandatars für Subſtituten und Gehülfen vgl. die oben bei §. 645. zitirten Schriftſteller.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 13. C. h. t.: A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. — Haſſe, Kulpa §. 92 fgg.; ſ. auch Huſchke in Gießer Zeitſchr. N. F. V. S. 113 fgg.

2) *Scaevola* l. 60. §. 2. h. t.: Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.

3) *Paul.* l. 26. §. 6. h. t.: Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.

4) *Justinian.* §. 8. J. h. t.: Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem; adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. Diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est. Cf. *Gai.* III. 161, l. 3. §. 2, l. 4, l. 22. pr., l. 33. h. t.

c) Verhältniß der Kontrahenten zu Dritten. §. 661.

Dig. XIV. 1. de exercitoria actione, XIV. 3. de institoria actione, Cod. IV. 25. de institoria et exercitoria actione. — Ueber die actio *exercitoria* Glück XIV. S. 178 fgg. und die dort S. 185. Not. 82. Angeff.; über die actio *institoria* Glück

XIV. S. 235 fgg. und die dort in Not. 1. Genannten. — Weiske, skept. prakt. Behandl. einiger zivilrechtl. Gegenstände. Abh. 2. („Bestimmung der Grenzen der institor. Klagen"), Kritz, Pandektenr. Th. I. Bd. 1. S. 288 fgg., Unterholzner I. S. 413 fgg., Koch II. S. 507 fgg., Thöl, Handelsr. I. §. 20 fgg., *Anckelmann*, de l. 1. §. 1. de exerc. act. Berol. 1848, Buchka, Stellvertret. S. 37 fgg. Vgl. auch Ruhstrat im Arch. für Oldenb. Recht Bd. I. H. 1. Nr. 2. S. 12 fgg. („Bemerkungen über außergerichtliche Repräsentation"), Wyß, die Haftung für fremde culpa S. 116 fgg.

1) §. 1. 2. J. quod cum eo, qui in al. pot. est (4, 7): Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. §. 2. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit; ideo autem exercitoria vocatur; quia exercitor appellatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit; ideo autem institoria vocatur, quia qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas autem duas actiones praetor reddit, etsi liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

2) *Ulp.* l. 13. pr. de instit. act.: Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis; acceperat mutuam pecuniam; putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse; licet consumta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait. Vgl. Basil. XVIII. 1. 13. und die interessanten Scholien dazu in der von E. Zachariä besorgten Ausgabe des lib. XVIII. tit. 1. Basilic. Heidelb. 1842. p. 20 sqq.

3) *Paul.* l. 17. §. 2. 3. eod.: Si impubes patri habenti

institores heres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus; quemadmodum ubi post mortem tutoris, cujus auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahitur. §. 3. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit; non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat. Vgl. Glück a. a. O. S. 261 fgg.

4) *Ulp.* l. 5. §. 10. eod.: Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non instoria, sed ex locato tenebitur. — Dieſe vielfach mißverſtandene Stelle iſt ſo aufzufaſſen: Ein Fullo, welcher eine weitere Reiſe zu machen im Begriff iſt, erſucht Jemanden, über ſeine Lehrlinge, denen er ſeine eingerichtete Werkſtätte überlaſſen hat, Aufſicht zu führen. Nach ſeiner Abreiſe nimmt Einer dieſer Lehrlinge Kleidungsſtücke zum Reinigen an, und entflieht damit. Bei der Frage, ob der Fullo deßhalb belangt werden könne, iſt zu unterſcheiden, ob der mit der Aufſicht Beauftragte bloſer Prokurator deſſelben, oder ob er als Faktor angeſtellt iſt. Im erſteren Falle — in welchem, da kein Faktor ernannt iſt, das Geſchäft ſtille ſteht — durfte dem Lehrling das Kleid nicht anvertraut werden, und wenn dies doch geſchehen iſt, ſo hat der Meiſter für den daraus entſtandenen Schaden nicht einzuſtehen, was ſich dagegen im andren Falle, in welchem, eben weil ein Faktor ernannt iſt, der Geſchäftsbetrieb ſeinen Fortgang nimmt, offenbar anders verhält (— über die hiergegen erhobenen, m. E. völlig unbegründeten Zweifel von Thöl a. a. O., Ihering S. 80 fg., Dedekind S. 206 fg., Windſcheid cit. ſ. die Bemerkung von Keller a. a. O. und beſonders Wyß S. 135 fg. —), weßhalb hier denn auch die actio institoria gegen den Fullo angeſtellt werden kann. Hätte der Fullo bei ſeiner Abreiſe ſeinen Kunden erklärt, ſie könnten ſeinen Arbeitern ihre Kleider anvertrauen, dann haftet derſelbe natürlich im Falle etwaiger Veruntreuung unmittelbar mit der Klage aus dem Dienſtmiethe-Vertrage. Vgl. auch Basil. XVIII. 1. 5. — Die richtige Erklärung

finde ich angedeutet bei Mühlenbruch, Zession 3. Aufl. S. 143. Not. 287. und bei Kritz a. a. O. S. 315 fgg., welchem Letztern ich nur darin nicht beistimmen kann, daß er die Worte: quibus tabernam instructam tradiderat viel zu gekünstelt so überträgt: „mit denen versehen der Fullo die Werkstätte [einem Andren] übergeben hatte"; s. jetzt auch Keller in Bekker's Jahrb. II. S. 218 fg. und Wyß, die Haftung für fremde culpa S. 133 fgg. — Für irrig muß ich die Auslegung von Treitschke im deutschen Korp. jur. Bd. II. S. 153. und Thöl a. a. O. §. 33. Not. 4. halten, wornach der entflohene Lehrling als Prokurator und Institor gedacht, und daher discipulis suis für *ceteris* fullonis discipulis genommen werden soll; und auch der Vorschlag von Ihering in sein. Jahrbb. II. S. 78 fgg., Statt »discipulis suis« zu lesen: »discipulus *servis*«, ist kaum geeignet, dieser Interpretation einen festern Halt zu geben; s. jedoch Windscheid, Lehrb. §. 482. Not. 15. Ganz verfehlt und sinnentstellend scheint mir endlich auch die Konjektur von Puchta, Pand. §. 278. Not. d, welcher statt imperaret lesen will: imperarem, wodurch dann der Sinn entstehen soll: Ein verreisender fullo ersuchte seine Kunden, über seine Lehrlinge zu befehlen, d. h. ihnen auch während seiner Abwesenheit Arbeiten aufzutragen; vgl. auch Dedekind im ziv. Arch. XLI. S. 192 fgg. und Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 169 fgg. Mir scheint es nicht zweifelhaft, daß unter dieser Voraussetzung der fullo immer wegen der entwendeten Kleidungsstücke des Kunden haften müßte, möchte der diebische Lehrling als procurator oder als institor angestellt gewesen sein. (Die Gegenbemerkung Rudorff's bei Puchta a. a. O. beruht m. E. auf einem offenbaren Mißverständniß nicht blos dessen, was ich hier gegen Puchta bemerkt habe, sondern auch der Ansicht von Puchta selbst, welche Rudorff in Schutz nehmen will, und auch, was Dedekind a. a. O. S. 210 fg. zur Entkräftung des gegen Puchta erhobenen Einwandes vorbringt, dürfte schwerlich Jemanden überzeugen).

5) §. 8. J. quod cum eo (4, 7): Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque

jussu contractum intelligitur. — L. 17. §. 5. de instit. act. Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 54 fgg., Chambon, Beiträge zum Oblig. R. I. S. 277 fgg., Savigny, Oblig. II. S. 33 fgg.

Anm. Im Allgemeinen gilt die unzweifelhafte Regel, daß der Dritte, welcher mit dem Institor, Magister oder Mandatar kontrahirt hat, die Wahl hat, ob er die actio adjectitiae qualitatis gegen den Mandanten anstellen, oder unmittelbar gegen den Mandatar, als seinen eigentlichen Kontrahenten klagen will, l. 1. §. 17. de exerc. act.:

Ulp. „Est autem nobis electio, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus",

l. 5. §. 1. eod.:

Paul. „Item si servus meus navem exercebit, et cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit, quominus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel jure civili vel honorario competit; *nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quominus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio sed adjicitur*;

vgl. l. 1. §. 24. eod., l. 17. §. 1, l. 19. pr. de instit. act. Viele ältere und neuere Juristen fügen aber dieser Regel die wichtige Beschränkung bei, daß der Institor nicht als Selbstschuldner, sondern nur mit dem Vermögen des Prinzipals verhaftet sei, und die Exekution an diesen verweisen könne, und daß er überhaupt nur so lang belangt werden dürfe, als er wirklich noch Institor sei, vgl. z. B. Glück XIV. S. 196. S. 256 fgg. und die dort Angeff., Thibaut, Syst. §. 525, v. Bülow, Abhh. Bd. I. S. 322 fgg., Thöl, Handelsr. erste Aufl. I. S. 77, Kritz a. a. O. S. 323; s. auch die dogmengeschichtlichen Nachweisungen bei Buchka, Stellvertr. S. 214 fgg. Hält man aber fest, daß auch nach Einführung der actiones adjectitiae qualitatis gegen den Prinzipal, der Institor doch nicht aufgehört hat, der eigentliche Kontrahent zu sein, so fordert es die Konsequenz, daß gegen ihn auch die Klage noch immer in demselben Umfange angestellt werden darf, wie wenn der Prinzipal gar nicht im Hintergrunde stände, und dahin führen denn auch offenbar die oben angeführten Gesetze, welche ganz allgemein dem Dritten die Wahl lassen, ob er gegen den Prinzipal oder gegen den Institor klagen wolle, ohne im letztren Falle jener angeblichen Beschränkung irgend zu erwähnen. Daß sich die Gegner nicht auf solche Gesetze berufen dürfen, in welchen für Tutoren und Kuratoren, also für unfreiwillige Vertreter auf eine solche Beschränkung hingedeutet wird, vgl. z. B. l. 43. §. 1. de adm. tut. (26, 7), l. 15. C. eod. (5, 37), versteht sich von selbst, und eben so unzulässig ist offenbar die Berufung auf l. 4. pr. de re judic. (42, 1), indem hier nur vom Prozeß-Prokurator gesagt wird, daß er die nach strengem Rechte in Folge des dominium litis gegen ihn allerdings begründete actio judicati von sich ab- und auf die eigentliche Parthei hinlenken könne. Die einzige Stelle, die mit einigem Scheine für die gegnerische Meinung angeführt werden kann, ist die l. 20. (ult.) de inst. act.:

Scaevola. „L. Titius mensae numulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Cajo Sejo cavit in haec verba: *Octavius*

Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Majas. Quaesitum est, L. Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio ad fidem mensae praestandam scripsisset".

Offenbar hat aber der Institor im Falle dieses Gesetzes gar keine Schuld kontrahirt, sondern er stellt nur einen Schein über das Dasein der Forderung aus, also des Beweises wegen, und da lassen denn allerdings weder Recht noch Billigkeit eine persönliche Haftung des Institors zu. Ganz so fassen auch die Basiliken XVIII. 1. 20. unsre Stelle auf: „τοῦτο γὰρ δὲ ἀπόδειξιν μόνην ἐποίησεν" (hoc enim probationis causa tantum fecit); vgl. auch die Scholien hierzu bei *Zachariae* l. c. p. 25 sqq.). S. auch überhaupt Ruhstrat a. a. O. S. 42 fgg. und im ziv. Arch. XXX. S. 340 fgg., Buchka a. a. O. S. 44 fgg., Thöl, Handelsr. §. 26. Not. 9, Windscheid, Lehrb. §. 482. Not. 17.

Hiernach muß also auch noch für das Justinianische Recht der Grundsatz aufgestellt werden, daß der, welcher mit einem Institor kontrahirt hat, unbedenklich auch diesen Institor selbst belangen kann, ohne sich die Verweisung auf den Prinzipal gefallen lassen zu müssen. Für unser heutiges Recht versteht sich jedoch in Gemäßheit der oben §. 608. Anm. S. 292 fgg. entwickelten Grundsätze die Modifikation von selbst, daß wenn der Institor berechtigter Weise im Namen des Prinzipals das Rechtsgeschäft abschließt, er nicht selbst obligirt wird, sondern nur gegen den Prinzipal Klage erhoben werden kann.

d) Beendigung des Mandats. §. 662.

Glück XV. S. 331 fgg., Gesterding a. a. O. S. 208 fgg. („Vom Erlöschen des Mandats durch Tod und Widerruf").

1) §. 9. 11. J. h. t.: Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. — — §. 11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est, susceptum autem consummandum aut quam primum renunciandum est, ut per semet ipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur; nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi justa causa intercessit aut non renunciandi aut intempestive renunciandi. L. 22. §. ult., l. 23—25, l. 27. §. 2. h. t. Vgl. Gesterding in der Gießer Zeitschr. XV. 1. („über die Widerruflichkeit des Auftrags").

2) §. 10. J. h. t.: Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel

illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin justa et probabilis ignorantia damnum tibi afferet. — 3) *Gai.* l. 27. §. 1. h. t.: Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio. (L. 12. §. ult., l. 13. h. t.). Als widerstreitend wird angeführt l. ult. de solut. (46, 3). *Paul.:* Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis, ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte solvitur. Vielleicht ist nach dem Vorschlag von *Cujac.*, obs. l. 38. zu lesen: cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur; vgl. auch Glück a. a. O. S. 336 fgg., Zimmern im ziv. Arch. IV. 19. („über den nach des Mandators Tod zu vollziehenden Auftrag"), Dietzel in Gieß. Zeitschr. N. F. XIII. S. 424 fgg., Holzschuher III. §. 273. zu 10, Windscheid §. 411. Not. 5.

e) Von der Assignation insbesondre. §. 663.

Cocceji, de assignationibus (in exercit. curios. II. no. 33) ed. nov. Rottenb. 1820, Cropp in seinen und Heise's jur. Abh. II. 13, Thöl, Handelsr. I. §. 121 fgg. Vgl. auch Mühlenbruch, Zession S. 226 fgg., Labenburg, die Anweisung und der gezogene Wechsel. Mannh. 1858. S. 3 fgg., Salpius, Novat. S. 467 fgg.

B. Negotiorem gestio.

Dig. III. 5, Cod. II. 19. de negotiis gestis. — Glück V. S. 318 fgg., Kritz, Pand. Recht Th. I. Bd. 1. S. 348 fgg., Wächter im ziv. Arch. XX. 11. („Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio«), Heimbach im Rechtslex. VII. S. 326 fgg., Chambon, die negot. gestio. Leipzig 1848, Ruhstrat im ziv. Arch. XXXII. S. 173 fgg., XXXIII. S. 25 fgg. S. 213 fgg., XXXIV. S. 59 fgg., Brinkmann, Verhältniß der a. comm. div. und der a. negotior. gestor. zu einander. Kiel 1855. S. 13 fgg.,

Leiſt, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Jena 1855. S. 103 fgg., Dankwardt, die negotior. gestio. Roſtock 1855, Köllner, die Grundzüge der oblig. neg. gestor. Gött. 1856, Ruhſtrat, über neg. gestio. Oldenburg 1858, Aarons, Beiträge zur Lehre von der negot. gestio. Abth. I. (Dogmengeſchichtliche Erörtrungen. Schwerin 1860. — Unterholzner II. S. 600 fgg., Koch III. S. 492 fgg., *Molitor* II. p. 434 sqq., Sintenis II. §. 214, Windſcheid II. §. 330 fg. — Vgl. auch Witte, Bereicherungskl. S. 6 fgg., Jacobi in Ihering's Jahrbb. IV. S. 215 fgg., *Gregory*, de ratihabitione p. 210 sqq.

a) Von der negotiorum gestio im Allgemeinen.

aa) Begriff und Erforderniſſe. §. 664.

1) *Ulp.* l. 3. pr. conj. l. 1. h. t.: Ait Praetor: *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* — Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium vertitur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant.

2) *Gai.* l. 3. pr. de O. et A. (44, 7): Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est, ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu, neque ex maleficio actiones nascuntur; neque enim is, qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est, sine mandato suscipere negotiorum administrationem; longe magis is, cujus negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse, aut deliquisse intelligi potest; sed utilitatis causa receptum est, invicem eos obligari. — Cf. §. 1. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27 [28]).

3) *Ulp.* l. 10. §. 1. h. t..: Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit,

actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum, idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat et damni infecti nomine eam derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur. Juxta hoc est et quod Julianus scribit, eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero, quid, si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum.

Anm. — I. Eine negotiorum gestio ist dann vorhanden, wenn Jemand fremde Geschäfte, ohne Auftrag dazu erhalten zu haben, und auch nicht von Amtswegen führt. Es müssen also

1) fremde Geschäfte sein (s. über diesen Begriff Chambon S. 7 fgg., Köllner S. 55 fgg. und bes. Aarons a. a. O., welcher eine eingehende dogmengeschichtliche Entwicklung desselben gibt), und führt Jemand in der That eigene Geschäfte, so ist dies keine negotiorum gestio, sollte er auch aus noch so gutem Grunde die Geschäfte für fremde halten, l. 6. §. 4. h. t.

2) Es darf kein Auftrag vorhanden sein. Daß der Geschäftsführer irriger Weise glaubt, es sei ein Mandat da, hindert die actio negotiorum gestorum nicht, l. 5. h. t., und auch dann kann dieselbe begründet sein, wenn zwar ein Auftrag vorhanden, aber doch keine actio mandati begründet ist, l. 19. §. 2. h. t., l. 14. §. 15. de relig. (11, 7), l. 7. ad SC. Vellej. (16, 1). Ob und inwiefern das Wissen des dominus negotiorum einen Auftrag involvire, ist eine quaestio facti, welche nach den allgemeinen Grundsätzen über consensus tacitus beurtheilt werden muß, und über den Einfluß der Ratihabition soll noch nachher bei III. gesprochen werden. Hat Jemand im Auftrage eines Dritten meine Geschäfte besorgt, so versteht es sich von selbst, daß zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten die Mandatsklagen Platz greifen, l. 28. h. t., während zwischen mir und dem Geschäftsführer zwar keine Mandatsklage, l. 53. mandati (17, 1), aber allerdings die actio negotiorum gestorum begründet ist, l. 3. §. ult., l. 4. h. t., l. 14. C. h. t., Thibaut, ziv. Abhh. Nr. 20. S. 467 fgg.; daß der dominus negotiorum in solchem Falle den dritten Man-

danten nach Verſchiedenheit der Fälle mit der actio negot. gestor. oder mit der actio mandati belangen kann, iſt von ſelbſt klar, l. 21. §. 3, l. 28. h. t.

II. Die eben angegebenen Merkmale genügen, um die actio negotiorum gestorum *directa* zu begründen. Damit aber auch dem Geſchäftsführer gegen den Geſchäftsherrn eine Klage zuſtehe, damit alſo auch die actio neg. gest. *contraria* begründet werde, müſſen noch folgende weiteren Erforderniſſe hinzutreten.

1) Vor allen Dingen iſt erforderlich, daß die gestio in der Abſicht geſchehen iſt, um dadurch einen Andren zu obligiren, l. 29. pr. comm. divid. (10, 3): „— — negotia eo animo gerit, *ut aliquem sibi obliget*“, l. 14. §. 1. eod.: „hoc enim casu — — tantum retentionem habeo, *quia neminem mihi obligare volui*“. Daraus folgt:

a) Wenn Jemand fremde Geſchäfte irrig als die ſeinigen führt, ſo kann zwar allerdings gegen ihn die actio neg. gest. directa angeſtellt werden, l. 49. h. t., vgl. l. 19. C. h. t., l. 3. C. de R. V. (3, 32) (a. M. Brinkmann a. a. O. S. 19 fgg. Anm. 2. und beſ. Köllner S. 29 fgg.; ſ. aber Stintzing in Heidelb. krit. Zeitſchr. IV. S. 229 fg., Aarons S. 1 fg. S. 262. u. A. m.), aber er ſelbſt kann nicht die actio negot. gest. contraria gegen den dominus negotiorum gebrauchen, l. 14. §. 1, l. 29. pr. comm. divid. (10, 4), l. 33. fin. de cond. indeb. (12, 6), l. 14. de doli mali et met. exc. (44, 4), Kämmerer in der Gießer Zeitſchr. VIII. S. 137 fgg. S. 161 fgg. S. 341 fgg. Dies leidet aus naheliegenden Billigkeitsgründen nur dann eine Ausnahme, wenn durch ſolche Geſchäftsführung der dominus negotiorum von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit wirklich liberirt worden iſt, l. 49. h. t.:

> *African.* „Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses. *Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer*“,

denn daß hier Afrikan die actio contraria deßhalb zuläßt, weil der wahre Erbe liberirt ſei, iſt augenſcheintich, vgl. auch Basil. XVII. l. 49. („ἠλευθέρωμαι γάρ“). In der Regel werden wir aber dadurch, daß ein Dritter, welcher ſich ſelbſt für den Schuldner hält, unſre Schuld bezahlt, gar nicht liberirt, l. 31. init. de H. P. (5, 3), l. 17. de solut. (46, 3), und dies iſt auch namentlich der Fall, wenn der putative Erbe Erbſchafts-Schulden oder Vermächtniſſe bezahlt, ſ. oben §. 508. Anm. (Bd. II. S. 355 fgg.), und eben darum kann in der Regel von der actio negotior. gestor. keine Rede ſein, ſondern der Dritte kann nur die condictio indebiti gegen den Empfänger anſtellen. In dem von Afrikan in l. 49. cit. behandelten Falle verhält ſich dies aber anders, weil hier der putative Erbe ſeine eigne *species*, welche den Gegenſtand des Vermächtniſſes bildete, an den Legatar herausgegeben, und dadurch allerdings den wahren Erben liberirt hatte, vgl. auch Kämmerer a. a. O. S. 341 fgg. (abweichende Anſichten über die Motive der Entſcheidung ſ. bei Witte, Bereicherungsklagen

S. 26 fgg., Groskopf, Retentionsr. S. 103 fgg., Francke, Komm. über den Pand. Titel de hered. pet. S. 325 fgg.; die Entſcheidung ſelbſt aber wird in Abrede geſtellt von Köllner S. 53 fg., indem er den Ausſpruch der l. 49. cit. durch wahrhaft wunderbare Auslegung in das Gegentheil umkehrt). Andre Anwendungen der Regel, daß die actio neg. gest. contraria dann ſtatthaft iſt, wenn der dominus negotiorum wirklich von einer Zwangsverbindlichkeit befreit worden iſt, ſollte auch der gestor der Meinung geweſen ſein, ſein eignes Geſchäft zu beſorgen, finden ſich noch in l. 14. §. 11, l. 32. pr. de relig. (11, 7), wornach die actio funeraria — die im Weſentlichen offenbar nur eine actio neg. gestor. contraria iſt, was freilich von Köllner S. 43 fg. in Abrede geſtellt wird — auch dann angeſtellt werden kann, wenn Jemand in der Meinung, er ſei Erbe, das Begräbniß des Erblaſſers beſorgte, denn daß durch die von dem putativen Erben vorgenommene Beerdigung der wahre Erbe liberirt wird, geht aus der Natur der Sache hervor, und ferner in l. 50. §. 1. de H. P. (5, 3), wornach der putative Erbe, welcher ein im Teſtamente angeordnetes Monument für den Erblaſſer errichtet hat, von dem wahren Erben vermittelſt der actio neg. gest. contraria Erſatz verlangen kann, denn hier verhält es ſich augenſcheinlich ganz eben ſo, wie in dem Falle der actio funeraria (abweichende Anſichten über die l. 50. §. cit. ſ. bei Köllner S. 50 fg. und Groskopff S. 106 fgg.; vgl. jedoch Francke, Komm. S. 379 fgg.). In dieſen Geſetzen mit Kämmerer a. a. O. S. 166 fgg. ganz einzeln ſtehende, ſinguläre Beſtimmungen zu ſehen, in denen ein beſonderer favor funeris et religionis vorwaltend geweſen ſei, l. 12. §. 3, l. 14. §. 7. 13. de relig. (11, 7), l. 1. §. 6. de mortuo infer. (11, 8), iſt gewiß unzuläſſig, da ſie ſämmtlich ſich ſehr einfach auf den vorher angedeuteten, gewiß ſehr natürlichen Grundgedanken zurückführen laſſen, vgl. auch Chambon S. 144 fgg., Flach, Entſcheid. Th. III. S. 12 fgg.; vgl. auch Witte, Bereicherungskl. S. 23 fgg., welcher jedoch inſofern abweicht, daß er die Ausnahme noch enger, als hier geſchehen, auffaßt, indem er ſie auf den gutgläubigen Erbſchaftsbeſitzer beſchränken will. Auf der andren Seite kann es aber freilich noch weniger gebilligt werden, auf dieſe Geſetze den allgemeinen Satz gründen zu wollen, daß im neueren Rechte allgemein eine actio neg. gest. utilis ſtatthaft ſei, wenn auch der Geſchäftsführer geglaubt haben ſollte, ſein eigenes Geſchäft zu beſorgen, obwohl doch dieſe Lehre ſowohl unter den älteren als neueren Juriſten zahlreiche Vertheidiger gefunden hat, vgl. die Nachweiſungen bei Glück V. S. 347, Kämmerer a. a. O. S. 138, und ſ. auch noch Ruhſtrat cit. XXXIV. S. 68 fgg. und Stintzing in der Heidelb. krit. Zeitſchr. III. S. 169 fgg., IV. S. 233 fgg., und vgl. auch Windſcheid §. 431. Not. 18. — Wenn nun hiernach auch die Klage einem ſolchen gestor der Regel nach verſagt werden muß, ſo verſteht es ſich doch nach allgemeinen Grundſätzen von ſelbſt, daß er ſich der Retentions-Einrede bedienen darf, l. 14. §. 1. comm. divid. (10. 3), und weiß der gestor, daß er fremde Geſchäfte führt, und irrt ſich nur in der Perſon des dominus negotiorum, ſo kann er ungeachtet ſolchen Irrthums ſelbſt auch die *actio* neg. gest. contraria gegen den Geſchäftsherrn gebrauchen, l. 5. §. 1, l. 6. §. 8. 11, l. 45. §. 2. h. t., l. 14. §. 1. comm. divid. (10, 3); ſ. jedoch auch l. 6. §. 6. h. t. und Ruhſtrat cit. S. 74 fgg.

b) Aus dem obigen Grundsatze folgt auch von selbst, daß von einer actio neg. gest. contraria keine Rede sein kann, wenn die fremden Geschäfte in der erkennbaren Absicht geführt wurden, dadurch einen Akt der Liberalität oder Pietät auszuüben, l. 4, l. 27. §. 1, l. 34, l. 44. h. t., l. 14. §. 7. de relig. (11, 7), l. 5. §. 14. de agn. v. al. liber. (25, 3), l. 11. 12. 15. C. h. t.

c) Wenn Jemand fremde Geschäfte nicht mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn, sondern eignen Vortheils wegen führt, so hängt es von dem Ermessen des dominus ab, ob er diese gestio anerkennen will, und abgesehen davon kann von einer actio neg. gestor. contraria nur insoweit die Rede sein, als der dominus dadurch wirklich bereichert ist, l. 6. §. 3. h. t.:

> *Julian.* „Sed et, si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem".

2) Der dominus negotiorum darf die Geschäftsführung nicht verboten haben. Zwar nahmen doch einige römische Juristen eine actio negot. gest. contraria utilis auf Ersatz der nützlich verwendeten Auslagen an, aber die verneinende Meinung von Julian, Pomponius und Paulus, l. 8. §. 3. h. t., l. 40. mandati (17, 1), wurde in einer eigenen Dezision von Justinian gebilligt, l. ult. C. h. t., wobei der Kaiser noch die sich freilich auch schon von selbst verstehende Erläuterung hinzufügt, daß ein solches Verbot des dominus natürlich nur von der Zeit an wirksam werden könne, wo es dem gestor bekannt geworden sei.

3) Es liegt in der Natur der Sache, daß Niemand verpflichtet sein kann, eine jede, wenn auch wohlgemeinte und redlich durchgeführte Geschäftsführung eines Andren anzuerkennen, denn wir würden dadurch in der That in unerträglicher Weise den Nützlichkeits-Ansichten Dritter Preis gegeben sein. Vielmehr wird der Regel nach der dominus nur dann obligirt, wenn die Geschäftsführung geschehen ist, um drohenden Schaden abzuwenden, l. 1. h. t., l. 5. pr. fin. de O. et A. (44, 7), §. 1. fin. J. de obl. quasi ex contr. (3, 27), also in Nothfällen, vgl. auch T. 3, l. 6. §. 6, l. 22. h. t., l. 3. §. 8, l. 5. pr. §. 2. de in rem verso (15, 3), und nur, wenn diese Voraussetzung begründet ist, gilt die Regel, daß der dominus den Zufall tragen muß, und also die Ansprüche des gestor vollkommen begründet bleiben, wenn auch durch Unglücksfälle der wirkliche Eintritt des erwarteten Nutzens verhindert worden ist, l. 10. §. 1, l. 12 §. 2, l. 22, l. 31. pr., l. 32. pr., l. 37. §. 1. h. t., l. 17. pr. de in rem verso (15, 3), l. 22. C. h. t. Hat dagegen Jemand sich über diese Schranken hinaus in fremde Angelegenheiten eingemischt, so hängt es von dem Ermessen des dominus ab, ob er eine solche Geschäftsführung für sich anerkennen will, und abgesehen davon kann er von dem negotiorum gestor nur insoweit in Anspruch genommen werden, als ihm aus der gestio ein reiner pekuniärer Gewinn er-

wachsen ist, l. 11. 43. h. t., l. 5. pr. de in rem verso (15, 3). Vgl. bes. Wächter a. a. O., und s. jetzt auch Leist a. a. O., dessen Ausführungen im Wesentlichen mit den vorher angedeuteten Grundsätzen übereinstimmen; wenn nämlich derselbe zwischen negotia necessaria, utilia und voluptaria unterscheidet (S. 112 fgg. vgl. mit S. 20 fgg. S. 67 fgg.), und nur bei den erstren eine Haftpflicht des dominus in solidum, bei den zweiten dagegen, abgesehen von dem Fall der Ratihabition, nur bis zum Belauf der Bereicherung, und bei den dritten endlich blos ein jus tollendi des Gestor anerkennt (S. 160. vgl. mit S. 47 fgg. S. 90 fgg.): so enthalten diese Sätze augenscheinlich keine prinzipielle Abweichung von den Wächter'schen oben gebilligten Grundsätzen, sondern nur eine neue, in mehrfacher Beziehung eigenthümliche Begründung und theilweise eine dankenswerthe Präzisirung derselben; vgl. auch Stintzing in der Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 165 fgg., Jacobi a. a. O. Doch sind hierbei noch zwei Punkte besonders hervorzuheben:

a) Nicht die Besorgung eines jeden Geschäfts, welches an und für sich betrachtet, wohl als necessarium angesehen werden könnte (z. B. Ankauf nothwendiger Sachen, Reparatur eines den Einsturz drohenden Gebäudes u. dgl.) gibt ohne Weiteres einen Anspruch auf die actio neg. gest. contraria, sondern der Regel nach nur dann, wenn der Geschäftsherr verhindert ist, sein Interesse zu wahren; denn wenn dieser selbst in der Lage ist, solche Geschäfte noch in eigener Person rechtzeitig vornehmen zu können, so braucht er sich ganz und gar nicht die unberufene Einmischung eines Dritten aufdringen zu lassen. Wenn daher in den Gesetzen fast durchgängig die Abwesenheit oder sonstige Verhinderung des Geschäftsherrn ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt wird, so ist dies nicht zufällig, sondern es ist dies wirklich die regelmäßig nothwendige Voraussetzung für die actio contraria. Doch sind wir allerdings nicht berechtigt, die Klage schlechthin auf solche Fälle zu beschränken, und wenn es also z. B. in einem konkreten Falle erweislich ist, daß ohne die Intervention des Geschäftsführers das Geschäft in Wirklichkeit nicht rechtzeitig abgeschlossen worden wäre, oder wenn dasselbe etwa nur in einer unwandelbar bestimmten Weise abgeschlossen werden kann, so daß es völlig gleichgiltig ist, ob es von dem Geschäftsherrn oder dem Geschäftsführer vorgenommen wird u. dgl. m.: so kann der Gestor allerdings die a. contraria in ihrem vollen Umfange selbst dann anstellen, wenn auch der Geschäftsherr recht wohl im Stande gewesen wäre, das Geschäft selbst abzuschließen.

b) Wenn eine generelle Geschäftführung vorkommt, so dürfen die einzelnen Geschäfte nicht nach dem sonstigen Maaßstab von negotia necessaria bemessen werden. Wer in gerechtfertigter Weise die allgemeine Geschäftsbesorgung für einen Abwesenden oder sonst Verhinderten übernimmt, würde der übernommenen Aufgabe — die Verhinderung des Geschäftsherrn für diesen möglichst unschädlich zu machen — nur sehr unvollkommen genügen, wenn er seine Thätigkeit auf die eigentlich nothwendigen Geschäfte beschränken wollte. Offenbar wird vielmehr von ihm erwartet — und er ist selbst verantwortlich dafür — daß er sich dann auch aller Angelegenheiten des Abwesenden mit Sorgfalt annimmt, und namentlich auch die blos nützlichen Geschäfte besorgt, und daraus

geht von ſelbſt hervor, daß der Abſchluß ſolcher Geſchäfte von Seiten eines generellen Giſchäftsführers in ganz andrem Lichte erſcheint, als wenn gerade nur ein einzelnes derartiges Geſchäft der Gegenſtand der gestio iſt. Während es im letztren Falle ganz natürlich iſt, dem gestor nur für den Fall der Ratihabition oder effektiven Bereicherung eine a. contraria zu gewähren, würde dies für den Fall genereller Geſchäftsführung augenſcheinlich verkehrt ſein, und für ſie muß vielmehr die Regel aufgeſtellt werden, daß auch bloſe negotia utilia eben ſo zu behandeln ſind, wie bei einer ſpeziellen Geſchäftsführung die negotia necessaria. Vgl. auch Wächter S. 350 fg., Ruhſtrat, über neg. gest. S. 32 fgg.

Die meiſten neueren Bearbeiter unſrer Lehre ſind zwar der Sache nach mit den hier angedeuteten Grundſätzen im Weſentlichen einverſtanden, weichen aber in der Formulirung des Dogma inſofern ab, daß ſie den ſubjektiven Standpunkt in den Vordergrund ſtellen, und den Willen des Geſchäftsherrn in concreto als das weſentlich entſcheidende Moment für die Geſtattung der actio contraria anſehen, wobei ſie aber doch im Einzelnen wieder verſchiedener Meinung ſind. So wollen Kritz S. 352. S. 392. fgg. und Dankwarth S. 26 fgg., denen auch Witte S. 7 fgg. und im Weſentlichen auch Windſcheid zu und in Not. 17. beiſtimmen, die Verpflichtung des dominus auf ein präſumirtes oder vielmehr fingirtes Mandat zurückführen, und ſtellen demgemäß den Grundſatz auf, daß derſelbe immer, aber auch nur dann in solidum obligirt werde, wenn die Vorausſetzung gerechtfertigt ſei, daß er, wenn er gekonnt hätte, einen der negotior. gestio entſprechenden Auftrag gegeben haben würde. Chambon S. 51 fgg. S. 71 fgg. (dem im Weſentlichen auch Köllner S. 71 fgg. und *Gregory* p. 210 sqq. zuſtimmen) nimmt dagegen an, daß der dominus immer nur durch die Ratihabition des für ihn geführten Geſchäfts verpflichtet werde; dieſe Ratihabition ſei aber entweder eine freiwillige oder eine gezwungene, und das Letztre ſei immer dann der Fall, wenn der gestor das Geſchäft ſo geführt habe, wie der dominus ſelbſt es geführt haben würde. Ruhſtrat (XXXII. S. 184 fgg.) endlich gründet die Verpflichtung des dominus lediglich auf den Willen deſſelben, und zwar nicht etwa auf einen fingirten oder erzwungenen, ſondern auf einen wirklichen erweislichen Willen, der nur nicht bis zu einem Mandate gediehen ſei; es ſei zwar hier, gerade wie bei dem Mandate, ein übereinſtimmender Wille des dominus und des gestor vorhanden, aber keine Willenseinigung, und alſo kein Vertrag, und nur dieſe Willenseinigung, nicht der Wille ſelbſt, werde durch das Geſetz ſupplirt; die objektiven Momente, necessitas oder utilitas negotii, könnten demgemäß niemals als Obligations-Gründe, ſondern nur als Beweisgründe für das Daſein der voluntas domini in Betracht kommen; (in ſeiner Schrift „über negotior. gestio“ läßt dagegen Ruhſtr. dieſe Begründung der Verpflichtung des dominus ganz bei Seite liegen; ſ. jedoch daſ. S. 27). —

III. Außerordentlich beſtritten iſt es, welchen Einfluß die Ratihabition auf die negotiorum gestio hat, namentlich in Betreff der Frage, ob und inwiefern die negotiorum gestio in ein Mandat umgewandelt werde? Scävola ſagt ſehr beſtimmt, daß ungeachtet der Ratihabition doch die actio negotiorum gestorum begründet bleibe, l. 9. h. t.:

Scaevola. „Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat, nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quoad utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? *Nam utique mandatum non est: erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio*";

(vgl. über dieſe oft mißverſtandene Stelle *J. L. Conradi*, de cap. IX. tit. Dig. de neg. gest. Lips. 1757, *C. Th. Welcker*, diss. jurid. inaug. interpretationem exhibens leg. 9. de neg. gest. juncta l. 60. de R. J. Giess. 1813. p. 14 sqq., *Busse*, de ratihabitione. Lips. 1834. p. 46 sqq., Krit a. a. O. S. 399 fgg., Chambon S. 60 fgg., Ruhſtrat cit. XXXIII. S. 237 fgg., Leiſt S. 113 fgg., Aarons S. 65 fgg. Not. 51. S. 100 fgg. S. 270 fgg., *Gregory* p. 263 sqq.) und hiermit ſtimmen auch andre geſetzliche Ausſprüche vollkommen überein, l. 6. §. 9. 10. h. t., l. 50. pr. mandati (17, 1), l. 80. §. 5. de furt. (47, 2), l. 9. C. h. t., l. 3. C. de R. V. (3, 32), l. 3. C. de contr. et committ. stipul. (8, 38). Eben ſo beſtimmt ſpricht ſich aber Ulpian in l. 60. de R. J. für das Gegentheil aus:

Ulp. „Semper, qui non prohibet, pro se intervenire, mandare creditur. *Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione*",

und mit dieſem Ausſpruche ſind auch noch die bekannten geſetzlichen Grundſätze über Rückziehung der Ratihabition (vgl. Bd. I. §. 88), und der öfter wiederholte Satz, daß ſelbſt bei Delikten Ratihabition dem Mandate gleich zu ſtellen ſei, vgl. z. B. l. 1. §. 14, l. 3. §. 10. de vi et vi arm. (43, 16), l. 152. §. 2. de R. J., in Verbindung zu bringen. Ueber die ſehr zahlreichen Verſuche, die anſcheinend widerſtreitenden Geſetze in Einklang zu bringen, vgl. die reichhaltigen Nachweiſungen bei Glück V. S. 333 fgg., XV. S. 247, Thibaut, Verſuche Band II. Nr. 10, *Welcker* l. c. p. 8 sqq., *Busse* l. c. p. 58 sqq., Chambon S. 57 fgg., Ruhſtrat cit. XXXIII. S. 230 fgg., Leiſt S. 143 fgg., Stintzing a. a. O. S. 174 fg., Fuchs im prakt. Arch. VII. S. 291 fgg., Köllner S. 117 fgg., Grieſinger, zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeſch. Tüb. 1862. S. 60 fgg., *Gregory* p. 232 sq. 272 sqq. Erwägt man, daß die Ratihabition ein einſeitiger Akt des dominus negotiorum iſt, und daß alſo dadurch ſchon der Natur der Sache nach auch nur die Rechtsverhältniſſe des Ratihabenten verändert werden können, ſo ſpricht ſchon von vornherein viel für die Meinung, welche beſonders von Welcker a. a. O. vertheidigt wird, daß

nach erfolgter Ratihabition zwar wohl der dominus negotiorum ſich auch für die vorhergehende Zeit als Mandant behandeln laſſen muß, und deßhalb nicht blos die a. negot. gestor. contraria (l. 9. cit.), ſondern auch, wenn es der gestor vorzieht, die actio *mandati* contraria (l. 60. cit.) gegen ihn angeſtellt werden kann, daß ſich dies aber in Betreff des negotiorum gestor anders verhält, und gegen dieſen alſo immer nur die actio *negotiorum gestorum* directa gebraucht werden darf; vgl. auch Thibaut a. a. O. (in dem Zuſatze der zweiten Aufl.), Mejer in Schweppe's Handb. Bd. III. S. 505. Not., Wening, Lehrb. §. 306. bei Not. d, Unterholzner II. S. 603. nr. XI, Beckhaus, über die Ratihabition. Bonn 1859. S. 52 fg. Mit dem gewiß ſehr verſtändigen Reſultate dieſer Unterſcheidung, wornach durch die Ratihabition von Seiten des Geſchäftsherrn zwar wohl Vortheile, aber keinerlei Nachtheile für den Geſchäftsführer erwachſen können — vgl. auch l. 39. h. t.: „naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse“ —, ſtimmen denn auch unſre Geſetze vollkommen überein, denn überall, wo der Ratihabition rückwirkende Kraft beigelegt, oder wo ſie dem Mandate äquiparirt wird, iſt immer nur das Rechtsverhältniß des Ratihabenten in's Auge gefaßt, und namentlich iſt in der Hauptſtelle, in l. 60. de R. J., augenſcheinlich nur von der actio mandati *contraria* die Rede. Dahin führen denn auch die geſetzlichen Ausſprüche, in denen die einzelnen Wirkungen, welche die Ratihabition auf die negotiorum gestio äußert, beſprochen werden, indem ſie ohne Ausnahme auf den Satz zurückgeführt werden können, daß der ratihabirende *dominus* negotiorum, ſowohl dem gestor als auch Dritten gegenüber, als Mandant zu behandeln iſt. Es gehören hierher beſonders folgende:

1) Wenn die negotia auch nicht utiliter coepta oder gesta ſind, ſo muß der Ratihabent dennoch alle Nachtheile tragen, ohne daß der gestor deßhalb weiter reſponſabel wäre, nicht anders, wie wenn der dominus dem gestor die Beſorgung der Geſchäfte gerade in der Weiſe aufgetragen hatte, wie dieſer ſie geführt hat, l. 9. h. t., woraus auch von ſelbſt hervorgeht, daß dem gestor nach geſchehener Ratihabition alle, auch die bloſen impensae voluptuariae erſetzt werden müſſen.

2) Wenn der gestor ein *indebitum* eingenommen, und der dominus dies ratihabirt hat, ſo kann der, welcher das indebitum zahlte, gegen den dominus eben ſo die condictio gebrauchen, wie wenn dieſer den gestor zur Empfangnahme bevollmächtigt hätte, l. 6. §. 9. h. t., l. 14. de cond. causa data (12, 4), l. 80. §. 5. de furt. (47, 2).

3) Wenn der gestor Sachen des dominus veräußert hat, ſo darf nach geſchehener Ratihabition eine ſolche Veräußerung eben ſo wenig angefochten werden, wie wenn ſie im Auftrage des dominus geſchehen wäre, l. 3. C. de R. V. (3, 32), vgl. l. 16. §. 1. de pignor. (20, 1), l. 19. C. h. t.

4) Wenn der gestor Rechtsgeſchäfte mit Dritten abgeſchloſſen, und der dominus dieſelben ratihabirt hat, ſo hat der Dritte dieſelben Klagen gegen den dominus, wie wenn das Rechtsgeſchäft in ſeinem Auftrage abgeſchloſſen wäre, l. 7. §. 1. fin. C. quod cum eo, qui in al. pot. (4, 26). —

Bisher ist die Rede von den Wirkungen gewesen, welche die Ratihabition für die ihr vorhergegangene Zeit äußert. Sehr oft enthält sie dagegen für die Zukunft ein wahres Mandat, und begründet also wechselseitige Mandatsklagen. Wann dies aber der Fall sei, ist eine aus den Umständen zu beantwortende faktische Frage.

bb) Verbindlichkeiten der Interessenten. §. 665.

cc) Verhältniß der Interessenten zu Dritten. §. 666.

b) Insbesondere von der Besorgung eines Begräbnisses. §. 667.

Dig. XI. 7. de religios. et sumtibus funerum. — Glück XI. S. 421 fgg., Unterholzner II. S. 655 fgg., Chambon a. a. O. S. 197 fgg.

1) *Ulp.* l. 12. §. 2. h. t.: Praetor ait: *Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* (§. 3). Hoc edictum justa ex causa propositum est, ut qui funeravit, persequatur id, quod impendit, sic enim fieri, ne insepulta corpora jacerent, neque quis de alieno funeretur. —

2) *Idem.* l. 14. §. 13. eod.: Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget.

3) *Idem* l. 14. §. 12. h. t.: Labeo ait, quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse: et ideo, si familiae herciscundae agere possit, funeraria non acturum, plane si jam familiae herciscundae judicio actum sit, posse agi. — Schneider, die allgem. subsid. Klagen des röm. Rechts S. 500 fgg.

5) Verträge zum Zweck der außergerichtlichen Aufhebung von Rechtsstreitigkeiten.

A. Vergleich.

Dig. II, 15, Cod. II. 4. de transactionibus. — Glück V. S. 1 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Risch, die Lehre vom

Vergleiche. Erl. 1855, Heimbach im Rechtslex. XII. S. 187 fgg., *Pierron*, des transactions en droit. Rom. et en droit Franç. Strasb. 1860. — Unterholzner I. S. 658 fgg., Koch III. S. 912 fgg., *Molitor* III. p. 286 sqq., Sintenis II. §. 107. B.

a) Begriff und Erforderniſſe. §. 668.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

2) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 38. C. h. t.: Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit.

3) *Ulp.* l. 8. pr. h. t.: Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesente, D. Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta. Solet igitur Praetor intervenire et inter consentientes arbitrari, an transactio vel quae admitti debeat. — Sc. *Gentilis* lib. sing. de alimentis ad orationem D. Marci. Frfti 1616. (auch in Ejusd. opp. tom. III. p. 333 sqq.), Glück a. a. O. S. 51 fgg., Riſch a. a. O. S. 100 fgg.

4) *Gai.* libr. XVII. ad Edict. provinciale, l. 6. h. t.: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Vgl. l. 1. testam. quemadmod. aperiant. (*Gai.* libr. XVII. ad Edict. provine.): Omnibus, quicunque desiderant, tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. — — (§. 1). Ratio autem hujus Edicti manifesta est; neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. — Glück a. a. O. S. 25 fgg., Riſch a. a. O. S. 108 fgg., Windſcheid §. 414. Anm. 12. Vgl. auch Hufnagel, Mittheil. I. Nr. 15.

Anm. Es iſt ein unzweifelhafter Grundſatz des römiſchen Rechts, daß ein nach rechtskräftigem Urtheile abgeſchloſſener Vergleich völlig nichtig iſt, ſofern nicht etwa über das Daſein einer ſolchen rechtskräftigen Sentenz unter den Partheien geſtritten wird, l. 23. §. 1. de cond. indeb. (12, 6):

Ulp. „Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti.

> Hoc enim Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit; retineri tamen atque compensari in causam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. Quid ergo, si appellatum sit, vel hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit, vel an sententia valeat? Magis est, ut transactio vires habeat, tunc enim rescriptis locum esse credendum est, quum de sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest, transigitur";

l. 7. pr. §. 1, l. 11. h. t., l. 32. C. h. t., *Paul.* rec. sent. I. 1. 5, *Cod. Gregor.* lib. I. tit. 2. c. 3. 5. 8. 9. nach der Hänel'schen Ausg.: c. 1. de transact. (1, 11), c. 2. de pact. (1, 10), c. 3. 4. de transact. (1, 11), *Cod. Hermog.* IV. 3, *Cod. Theod.* II. 9. 2, *Consult. vet. Icti* §. 4. 7. 9. Offenbar ist dieser Satz auch nur die konsequente Folge aus dem Begriffe des Vergleichs, wonach ja immer eine res dubia vorausgesetzt wird (T. 1), und er ist auch gewiß sehr verständig, wenn man nur von dem Vergleiche ein animo donandi abgeschlossenes pactum de non petendo gehörig unterscheidet. Das letztere ist unbedenklich auch nach rechtskräftigem Urtheil möglich, und wenn also der Sieger post rem judicatam etwa aus Mitleiden mit dem Schuldner, oder um die Weiterungen und Unannehmlichkeiten der Exekution zu vermeiden, demselben einen theilweisen Nachlaß gewährt, in dem vollen Bewußtsein, daß ihm ein sicheres Recht zusteht, so ist ein solcher Vertrag vollkommen giltig, vgl. auch *Paul.* l. c.: „Post rem judicatam pactum, *nisi donationis causa interponatur*, servari non oportet", Glück a. a. O. S. 34 fgg., Thibaut imziv. Arch. VIII. 12, IX. 22, Goldschmidt ebendas. IX. 5, Rudorff in der gesch. Zeitschrift XIV. S. 334 fgg., Risch a. a. O. S. 74 fgg., Heimbach cit. S. 219 fgg. Da übrigens die Ungiltigkeit eines Vergleichs post rem judicatam aus innern Gründen hervorgeht, so kann es nach allgemeinen Grundsätzen nicht zweifelhaft sein, daß der deutschrechtliche Satz über die Klagbarkeit aller Verträge hierauf keinen Einfluß äußern kann. Doch ist dies allerdings schon öfters behauptet worden, und man beruft sich dafür nicht ohne Schein auf l. 32. C. h. t.

> *Dioclet.* et *Maxim.*: „Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Proinde *si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti*, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit",

womit wohl auch noch *Paul.* rec. sent. I. 19. 2:

> „Ex his causis, quae infitiatione duplantur, *pacto* decidi non potest"

in Verbindung gebracht wird. Aus diesen Stellen soll nämlich hervorgehen, daß nur der in der Gestalt eines bloßen Paktum abgeschlossene Vergleich post rem judicatam ungiltig gewesen sei, während dann, wenn die zivilrechtliche Stipulation hinzugetreten sei, sich dies anders verhalten habe; und wäre dies gegründet, so würde daraus allerdings von selbst folgen, daß h. z. T. jeder Vergleich nach

rechtskräftigem Erkenntniß statthaft sein müsse. Obwohl man nun die l. 32. C. cit. gewiß nicht mit *Donell.* ad h. l. (in opp. tom. VII. p. 370 sqq.) und Thibaut a. a. O. dadurch beseitigen kann, daß man in dem Passus: si non Aquil. stipul. rel. das *si* nicht konditionell nehmen dürfe, sondern es durch *quia* oder *quando quidem* erklären müsse, vgl. dagegen auch Goldschmidt a. a. O., und Francke in Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 45: so darf dennoch nicht aus diesem Gesetze gefolgert werden, daß ein — wie man sich auszudrücken pflegt — in Stipulations-Form abgeschlossener Vergleich post rem judicatam giltig gewesen sei. Vielmehr verhält es sich hiermit einfach so. Einem Transakte — welcher als nuda conventio weder die Wirkung einer novatio, noch auch Klagbarkeit hatte, und blos ope exceptionis wirkte — pflegten bei den Römern zivilrechtliche Garantieen hinzu zu treten, und zwar wurde, um das vergleichsweise aufgegebene Recht ipso jure aufzuheben, gewöhnlich eine stipulatio Aquiliana und hierauf eine Acceptilation abgeschlossen, l. 2. 15. h. t., und um den durch den Vergleich begründeten neuen Anspruch klagbar zu machen, diente eine Stipulation, vgl. z. B. l. 6. 9. 17. C. h. t. War nun ein Transakt, weil er post rem judicatam abgeschlossen war, nichtig, aber es hatten die Transigenten dennoch jene zivilrechtlichen Geschäfte zugefügt, so war die konsequente Folge, daß die *stipulatio Aquiliana* und die darauf folgende Acceptilation ganz ihre gewöhnlichen Wirkungen äußerten, ohne daß die Ungiltigkeit des Transakts hieran etwas hätte ändern können, denn da der nichtige Transakt blos das Motiv, aber nicht das Fundament der neuen durch die stipulatio Aquiliana begründeten Obligation war, so wurde allerdings ungeachtet des nichtigen Transakts die actio judicati durch Novation, und die dadurch begründete neue Obligation durch Acceptilation aufgehoben, vgl. auch außer l. 32. cit., arg. l. 4. 15. 40. C. h. t., *Cod. Greg.* I. 2. 12. (in Hänel's Ausg. c. 5. de transact (1, 11), *Cons. vet. ICti* §. 9. Was aber die Stipulation anbelangt, durch welche der Transigent den neuen durch Vergleich begründeten Anspruch klagbar machen wollte, so mußte diese natürlich eben so nichtig sein, wie die nuda conventio, die das Fundament derselben bildete, l. 1. de novat. (46, 2). Obwohl also einem nach rechtskräftigem Erkenntniß abgeschlossenen Vergleich die oben angedeuteten zivilrechtlichen Geschäfte zugefügt wurden, so wurde dadurch der Vergleich keineswegs giltig, sondern es büßte nur der Transigent durch die unvorsichtig angewendete stipulatio Aquiliana und Acceptilation seine actio judicati ein, vgl. bes. C. Sell in sein. Jahrb. für röm. R. Bd. II. S. 53 fgg., und s. auch Rudorff a. a. O. S. 337 fgg., Risch cit. S. 78 fgg. in der Anm., Heimbach a. a. O. S. 221 fgg. Anm. 74. Dies und nur dies sagt die l. 32. C. cit., und da demnach aus diesem Gesetze nicht gefolgert werden kann, daß bei den Römern ein Vergleich post rem judicatam giltig geworden sei, wenn die Stipulation hinzugetreten sei, so kann auch die Meinung, daß h. z. T. jeder nach einem rechtskräftigen Urtheil abgeschlossene Vergleich ohne Weiteres giltig sei, darin keinerlei Stütze finden.

b) Wirkungen. §. 669.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 20. C. h. t.: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit, siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri.

2) *Arcad.* et *Honor.* l. 41. C. h. t.: Si quis major annis XXV adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum, vel interpellando judicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pacto vel transactione illa fuerit consecutus; itaque omnia mox eorum commodo deputabuntur, qui intemerata pacti jura servaverint. Eos etiam hujus legis vel jactura dignos esse jubemus vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, salutem principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum.

B) Anerkennung. §. 669a.

Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Kaſſel 1855. 2. Aufl. 1867, Derſ. in Ihering's Jahrbb. II. S. 283 fgg. S. 367 fgg., Arndts in krit. Ueberſchau IV. S. 1 fgg. S. 219 fgg., Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 179 fgg., Heſſe, über das Weſen und die Arten der Verträge des heut. röm. R. Jena 1868. S. 241 fg.

Anm. Ein ſtreitiges oder in irgend einer Beziehung zweifelhaftes und der Feſtſtellung bedürftiges Rechtsverhältniß kann wie durch Vergleich, ſo auch durch Anerkennung außer Streit geſetzt und feſtgeſtellt werden. Beide, Vergleich und Anerkennung, ſind unverkennbar ganz nahe mit einander verwandt; auch der Vergleich enthält eine Anerkennung, aber eine durch ein Opfer erkaufte, ſo daß hier immer ein zweiſeitiger Vertrag vorligt, während die einfache Anerkennung unentgeldlich geſchieht und dadurch alſo ein einſeitiges Vertrags-Verhältniß abgeſchloſſen wird, vgl. Riſch, Vergleich S. 42 fgg., Bähr, Anerk. S. 183, Unger a. a. O. S. 196 fgg. Dieſe Verſchiedenheit iſt allerdings nicht ohne Bedeutung, namentlich auch darum, weil dadurch der Vergleich ſchon in ſeiner äußeren Erſcheinung den Charakter eines modus finiendae controversiae unverkennbar an ſich trägt, während dies bei der Anerkennung

ganz und gar nicht der Fall ist, und die Feststellung dieses Charakters nicht selten einer besondren Beweisführung bedarf. Ist dies aber in concreto festgestellt, dann stehen beide Verträge wesentlich unter denselben Grundsätzen. Man bemerke:

1) Vor Allem wird zu einer solchen Anerkennung (welche Bähr die ächte, Unger die konstitutive zu nennen vorschlägt) vorausgesetzt, daß der Anerkennende die bestimmte Absicht hat, das zweifelhafte Rechtsverhältniß definitiv zu fixiren, so daß der Berechtigte gar nicht mehr nöthig haben soll, auf das frühere Rechtsverhältniß zurückzugehen, sondern in der Anerkennung selbst ein vollgenügendes Fundament für seine Ansprüche hat. Daß in sehr vielen, wohl den meisten Fällen eine Anerkennung in ganz andrem Sinne vorkommt, welche Bähr die unächte, Unger die deklarative nennt, leuchtet von selbst ein. Sehr oft nämlich spricht sich in einer s. g. Anerkennung nur die Ansicht aus, daß ein bestimmtes Rechtsverhältniß bestehe, aber ganz und gar nicht die Absicht, daß es als rechtbestehend angenommen werden soll - (z. B. Pfandbestellung, Zinszahlung, Abschlagszahlung, Bitte um Stundung u. dgl. m.); und sehr häufig kommt auch eine Anerkennung nur zu dem Zwecke vor, um dem Berechtigten ein Beweismittel für das bestehende Rechtsverhältniß zu gewähren, nicht aber um für dasselbe ein neues Fundament zu schaffen. Wenn Bähr in diesem letztren Falle doch auch eine ächte Anerkennung finden und in Folge davon die Ausstellung eines Schuldscheins zu den Anerkennungs-Verträgen zählen will, so ist dies gewiß unzulässig, vgl. oben §. 612 a. Anm. Eine ächte Anerkennung aber ist z. B. dann vorhanden, wenn der Beschädiger nach gepflogenen Verhandlungen endlich die Entschädigungs-Forderung des Beschädigten in ihrem vollen geforderten Betrag anerkennt, wenn ein Erbe vielleicht nach längerem Bedenken sich schließlich dazu versteht, dem Gläubiger gegenüber eine Erbschaftsschuld anzuerkennen, und eben so muß auch gewiß die Anerkennung einer geschehenen Abrechnung wenigstens der Regel nach als eine ächte angesehen werden u. s. w. Wenn in diesen oder ähnlichen Fällen die Interessenten sich dahin geeinigt hätten, daß ein Theil der Forderung anerkannt sein solle, so wäre dies ein Vergleich, und der Gläubiger hätte das unzweifelhafte Recht, auf Grund dieses Geschäfts ein selbstständiges Recht geltend zu machen; offenbar dasselbe muß auch dann angenommen werden, wenn das Resultat der Verhandlungen die Anerkennung der ganzen Forderung ist. Vgl. auch Bähr S. 80 fgg. S. 179 fgg., Unger S. 200 fgg.

2) Die Wirkungen der Anerkennung sind dieselben, wie die des Vergleichs, und namentlich trifft auch hierbei die Parallele mit dem rechtskräftigen Urtheil zu, Unger S. 182 fgg. Insbesondre aber ist hervorzuheben, daß auch hier, wie bei dem Judikat und dem Transakt der Berechtigte eine selbständige Klage auf Grund der Anerkennung hat, Bähr S. 171 fg. S. 239. S. 265, Unger S. 190 fgg.; vgl. auch Arch. f. prakt. Rw. V. S. 116 fgg. Einreden, die vor der Anerkennung geltend gemacht werden konnten, sind gegen diese neue Klage unzulässig, und nur aus denselben Gründen, aus denen auch ein Vergleich angefochten werden kann, kann der Anerkennende die Entbindung von seinen Verpflichtungen aus dem Anerkennungsvertrage verlangen.

3) Wenn durch die Anerkennung ein obligatorisches Recht festgestellt

werden ſoll, ſo konnte dies nach römiſchem Rechte, da pacta nuda keine obligatio zu begründen vermochten, in der Regel nur *verbis*, alſo durch Stipulation, und außerdem noch *re* (vgl. l. 31. §. 17. 18. de aed. Edicto 21, 1) effektuirt werden. Dieſe Schranke fällt natürlich h. z. T. hinweg, und es kann die ächte Anerkennung auch in der Geſtalt eines formloſen Vertrags vorkommen. Geht die Anerkennung auf das Nichtvorhandenſein eines vorher prätendirten Anſpruchs (z. B. A. erkennt an, daß er nichts von dem B. zu fordern hat), ſo machte auch ſchon im römiſchen Rechte die Form keinerlei Schwierigkeit, ſondern es genügte ein pactum nudum, l. 40. pr. de pact. (2, 14), l. 122. §. 6. de V. O. (45, 1).

C) Compromissum. §. 670.

Dig. IV. 8. de receptis et qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant; Cod. II. 56. de receptis arbitris. — Glück VI. S. 65 fgg., Unterholzner I. S. 650 fgg., Koch III. S. 926 fgg., Sintenis §. 407 D. — Vgl. auch Goldſchmidt, Abhandl. aus dem deutſch. gem. Zivilproz. Nr. 12. S. 135 fgg., W. H. Puchta, das Inſtitut der Schiedsrichter nach ſeinem heutigen Gebrauche und ſeiner Brauchbarkeit. Erl. 1823, Pfeiffer in der Gießer Zeitſchr. N. F. III. 2, André, gemeinrechtliche Grundſätze der Schiedsgerichte. 1860.

1) *Ulp.* l. 11. §. 1—5. h. t.: Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit. §. 2. Quod ait Praetor *pecuniam compromissam*, accipere nos debere non, si utrimque poena numaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit, et ita Pomponius scribit. — — — §. 3. Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum; utputa si ambo debitores fuerunt, et pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiae arbitri non paruit. §. 4. Item Julianus scribit, non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non. — 2) *Idem* l. 27. §. ult. eod.: Sed si poena non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.

3) *Idem* l. 27. §. 3. h. t.: Si plures arbitri fuerint, et diversas sententias dixerint, licebit sententia eorum non stari; sed si major pars consentiat, ea stabitur, alioquin poena committetur. Inde quaeritur apud Julianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, qua

sententia stetur? Et Julianus scribit, quinque debere praestari, quia in hanc summam omnes convenerunt. — 4) *Idem* l. 17. §. 5—7. eod.: Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere, nam in assumendo possunt dissentire. Sed si ita sit, ut iis tertius assumeretur Sempronius, valet compromissum, quoniam in assumendo dissentire non possunt. §. 6. Principaliter tamen quaeramus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos Praetor debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari enim numero idcirco compromissum admittitur non quoniam consentire omnes facile est, sed quia, etsi dissentiant, invenitur pars major, cujus arbitrio stabitur. Sed usitatum est etiam in duos compromitti, et debet Praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati pareatur. §. 7. Celsus libro II. Dig. scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius; alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere, quia in plures fuit compromissum, et potuit praesentia ejus trahere eos in ejus sententiam. — Vgl. Glück a. a. O. S. 79 fgg.

5) *Idem* l. 27. §. 2. h. t.: Stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pii rescripto adjicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet. — 6) *Imp. Antoninus* l. 1. C. h. t.: Ex sententia arbitri, ex compromisso jure perfecto aditi, appellari non posse, saepe rescriptum est, quia nec judicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

D) Vertrag über Ableiſtung eines außerordentlichen Eides. §. 671.

Dig. XII. 2. de jurejurando sive voluntario, sive necessario sive judiciali, Cod. IV. 1. de rebus creditis et jurejurando. — Glück XII. S. 178 fgg., Unterholzner I. S. 656 fgg., Koch III. S. 926 fgg., Savigny, Syſt. VII. S. 53 fgg., Sintenis II. §. 207 C. — Vgl. auch Kieſſelbach in Jhering's Jahrbb. IV. S. 321 fgg.

1) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: — — Si reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur, sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.

2) *Idem* l. 5. §. 4. eod.: Si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset; proinde, si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, quia ex eo, quod delatum est, juratum non est.

3) *Paul.* l. 2. eod.: Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata. — 4) *Gai.* l. 27. eod.: Jusjurandum etiam loco solutionis cedit. — 5) *Julian.* l. 40. eod.: Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur, est enim hoc acceptilationi simile, perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum repeti potest, utpote quum interposito eo ab omni controversia discedatur.

6) *Paul.* l. 28. §. 10. eod.: Item quum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat — si forte reus extra judicium actore inferente juraverit, se dare non oportere, et actor reo deferente, dari sibi oportere, vel contra —, posterior causa jurisjurandi potior habebitur; nec tamen praejudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur, an dare eum oporteat, sed an actor juraverit. Vgl. l. 27. §. 2. de pact. (2, 14), *Cujac.* in lib. XVIII. Pauli ad Edict. ad h. l. (in opp. tom. V. p. 224 sqq.).

7) *Imp. Antoninus* l. 1. C. h. t.: Causa jurejurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec perjurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur.

6) Constitutum. §. 672.

Dig. XIII. 5. de pecunia constituta, Cod. IV. 18. de constituta pecunia. — Glück XIII. S. 361 fgg., Unterholzner II. S. 838 fgg., Koch III. S. 897 fgg., *Reinganum*, de constituta pecunia, praesertim cum quis suo nomine constituat. Heidelb. 1819, und beſ. Bruns in der Zeitſchr. für Rechtsgeſch. I. S.

28 fgg.; vgl. auch Schäffer in Gießer Zeitschr. N. F. IX. S. 88 fgg., Bähr, Anerkennung S. 110 fgg. S. 170 fgg. (2. Aufl. S. 118 fgg. S. 185 fgg.), Fitting, Korrealobligat. S. 131 fgg., Busch, Stimme der Praxis S. 166 fgg. — Ueber das s. g. constitutum debiti alieni s. oben §. 579. S. 142 fgg.

1) §. 8. J. de act. (4, 6): In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Praetor, veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia; sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, et ea, quasi supervacua, jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. (Cf. *Theoph.* ad h. l., l. 2. C. h. t.) — — — §. 9. De pecunia autem constituta cum omnibus agitur, quicunque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione iuterposita, nam alioquin, si stipulanti promiserit, jure civili tenetur.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1, l. 16. §. 2, l. 18. §. 1. h. t.: Ait Praetor: *Si pecuniam debitam constituit,* — —. [l. 16. §. 2] *Si appareat eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est,* [l. 18. §. 1.] *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse* — —. Bruns S. 43 fgg.

3) *Item* l. 5. §. 2. h. t.: Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est, non utique, ut is, cui constituitur, creditor sit, nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.

7) Spiel- und Wettverträge. §. 673.

Dig. XI. 5. de aleatoribus, Cod. III. 43. de aleatoribus et alearum usu. — Glück XI. S. 325 fgg., Unterholzner II. S. 305 fgg., Koch III. S. 839 fgg., *Molitor* II. p. 369. sqq., Windscheid II. §. 419 fg. Vgl. auch Ed. Gans, über Spiele und Wetten; in den Beitr. zur Revis. der preuß. Gesetzgebung. Bd. I. S. 164 fgg., Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren. Gött. 1835. S. 237 fgg., S. 260 fgg., v. d. Pfordten, Abhandl. aus dem Pand. Recht S. 327 fgg., Wilda, die Lehre von dem Spiel; in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. II. S. 133 fgg.,

Derſ., die Wetten; ebendaſ. Bd. VIII. S. 200 fgg., Schwarze und Heyne, Unterſ. prakt. wichtiger Materien. Dresd. 1841. S. 84 fgg. („Beitrag zu der Lehre von den Wetten"), Strippelmann, Entſcheid. d. O. A. G. zu Kaſſel Bd. V. S. 148 fgg., Heimbach im Rechtslexikon X. S. 390 fgg., *Malval*, des conventions aléatoires. Strassb. 1862. p. 61 suiv.

1) *Paul.* l. 2. §. 1. h. t.: Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat; [*Marcian.* l. 3. eod.] in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

2) *Ulp.* l. 1. h. t.: Praetor ait; *Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore domo ejus subtractum est, judicium non dabo; in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.*

3) *Item* l. 17. §. ult. de praescr. verb. (19, 5): Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.

Anm. Während Geldſpiele der Unterhaltung, und vorzugsweiſe des Gewinns wegen getrieben werden, wirkt bei den eigentlichen **Wetten** ein ganz anderes Motiv, indem dabei weſentlich bezweckt wird, bei einem verhandelten Meinungsſtreite dem Sieger eine Art von Genugthuung zu verſchaffen. Eine Wette iſt nämlich dann vorhanden, wenn mehrere Perſonen, welche einander widerſtreitende Behauptungen aufgeſtellt haben, ſich dahin vereinigen, daß derjenige, deſſen Behauptung ſich als eine irrige erweiſen würde, zu einer beſtimmten Leiſtung verpflichtet ſein ſoll. Dabei ſind noch insbeſondere folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Für den Begriff der Wette iſt es völlig gleichgiltig, ob die Behauptung ſich auf etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges bezieht, ob die Leiſtungen, welche von den Wettenden verſprochen werden, auf beiden Seiten gleich oder ob ſie verſchieden ſind, und ob die Leiſtung gerade dem Sieger zu Gute kommen ſoll oder nicht. Wenigſtens nach deutſchem Rechte dürfte das letztre nicht zu bezweifeln ſein, und eine Wette z. B., wornach der Verlierende

eine gewisse Summe Geldes an die Armen spenden soll, dürfte h. z. T. gewiß nicht weniger auf rechtliche Anerkennung Anspruch haben, als diejenige, wornach die Wettsumme an den Sieger selbst zu zahlen ist, vgl. auch Wilda a. a. O. VIII. S. 212. Immer aber gehört zum Begriff der Wette, daß wirklich auch von beiden Seiten für den Fall des Verlusts eine Strafe versprochen wird, und ein Vertrag, wornach nur einer der Kontrahenten eine Leistung verspricht, wenn seine Behauptung sich als eine irrige erweisen sollte, trägt nach Verschiedenheit der Fälle bald den Charakter einer Konventionalstrafe, bald den einer bedingten Schenkung an sich, und muß nach den Grundsätzen dieser Rechtsgeschäfte beurtheilt werden, vgl. auch Schwarze und Heyne a. a. O. S. 88 fgg.

2) Eine Wette ist, ganz anders wie das Spiel, nach gemeinem Rechte ein vollkommen giltiger und klagbarer Vertrag, und in der That dürfte sich auch diese verschiedene legislative Behandlung von Spiel und Wette recht wohl aus der oben im Eingange angedeuteten Verschiedenheit der vorwaltenden Motive bei dem einen und dem andren, in genügender Weise erklären und rechtfertigen, v. d. Pfordten a. a. O., Wilda a. a. O., VIII. S. 210 fgg. Wenn dennoch manche älteren Juristen (vgl. z. B die bei Glück a. a. O. S. 351. Not. 90. Angff.), und unter den Neueren besonders Puchta §. 258 die Wette ganz gleich mit dem Spiel behandeln, und also auch bei der erstren keine Klage zulassen wollen, so hat dabei offenbar der sehr wahre Gedanke eingewirkt, daß Wetten sehr oft zu wahren Glücksspielen ausarten, und dadurch, unter Voraussetzung der Erlaubtheit der Wetten, das gesetzliche Verbot der Glücksspiele leicht umgangen werden könnte; aber daraus läßt sich doch gewiß nicht folgern, daß alle Wetten für klaglos* erklärt werden müßten, und wenn Puchta a. a. O. Not. n dies dadurch rechtfertigen will, weil Spiele nur Komplexe von zusammenhängenden Wetten seien, und dieser Unterschied zwischen Wetten und Spielen zwar wohl eine Verschiedenheit der polizeilichen, aber nicht der zivilrechtlichen Verhandlung begründen könne, so ist theils die Prämisse nur halbwahr, theils läßt sich auch gegen die daraus gezogene Folgerung Vieles einwenden, denn es liegt doch gewiß sehr in der Natur der Sache, daß die vereinzelt dastehende Wette als ganz ungefährlich und erlaubt erscheint, während gerade durch den Komplex vieler solcher zusammenhängender Wetten der ganze Akt seinen ursprünglichen Charakter verliert, und die Gesetzgebung zum Einschreiten auffordert. In der That findet sich nun in unsren Gesetzen nirgends ein Verbot der einfachen Wette — denn daß die l. 3. de aleator. (T. 1.) blos von dem s. g. Pariren bei unerlaubten Spielen spricht, kann doch im Ernste nicht bezweifelt werden —, und schon diese Negative reicht hin, um den Wettvertrag als erlaubt und klagbar erscheinen zu lassen, indem, wie vorher angedeutet wurde, ein Schluß von dem Verbote der Spiele auf ein Verbot der Wette nicht nur mißlich, sondern geradezu unzulässig ist. Nun finden wir aber überdies in den Gesetzen sehr bestimmte Hinweisungen auf die Erlaubtheit der Wetten. Wollen wir nämlich auch darauf kein Gewicht legen, daß gerichtliche Wetten sehr häufig waren — man denke an den Sakraments- und den Sponsions-Proceß —, und wollen wir auch das argum. a contrario aus der l. 3. de aleator. nicht eben hoch anschlagen, so geht doch aus l. 17. §. ult. de praescr. verb. (T. 3) mit Sicherheit hervor, daß die

Wette an sich, wenn keine inhonesta causa zu Grunde lag, völlig giltig und wirksam war. Von selbst versteht sich übrigens, daß bei den Römern eine Wette nicht schon als nudum pactum klagbar war, sondern es waren dazu entweder wechselseitige bedingte Stipulationen nöthig — in welchem Falle der Sieger die actio ex stipulatu anstellte —, oder es wurden die Wettpreise („pignora") von beiden Seiten einem Dritten — wohl gewöhnlich dem vertragsmäßig bestimmten Judex sponsionis — übergeben, von welchem dann der Sieger dieselben mit der actio praescriptis verbis abforderte, l. 17. §. ult. cit., vgl. auch Wilda a. a. O. S. 216 fgg., Rudorff in der geschichtlichen Zeitschrift XIII. S. 195 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 481 fgg., Muther, Sequestration S. 66 fgg.

3) Von dieser Regel der Erlaubtheit und Klagbarkeit der Wette muß aber konsequent dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Wette in ein Spiel ausartet Es ist in neuerer Zeit behauptet worden, daß dieses nur dann, aber auch immer dann der Fall sei, wenn zu der Entscheidung der Wette irgend eine Thätigkeit der Interessenten oder doch eines der Interessenten erforderlich sei, und daß also gerade darin der charakteristische Unterschied zwischen der wahren klagbaren Wette und einem klagelosen Spiele liege, daß bei der erstren die Entscheidung über den Gewinn ohne alles und jedes Zuthun der Partheien erfolge, vgl. bes. Thöl a. a. O. u. s. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 424 und 425. Not. 1, Wening, Lehrb. 381, Unterh. a. a. O. S. 308. Es ist dies aber eine ganz willkürliche Behauptung, die weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache irgend eine Stütze findet, vgl. auch Wilda S. 209 fgg., und man muß hier gewiß einen andren Weg einschlagen. Geht man nämlich davon aus, daß die Wette ihrem eigentlichen Charakter nach immer als der Ausgangspunkt eines Meinungs-Kampfes erscheint, so muß sich uns die Folgerung von selbst aufdringen, daß dann keine wahre Wette vorhanden ist, wenn der Vertrag nicht das natürliche Ergebniß eines vorausgehenden Meinungsstreits ist, wenn also nicht gewettet wird, weil gestritten war, sondern wenn blos gestritten wird, um zu wetten. In diesem Falle ist ungeachtet des Scheins einer Wette in der Wirklichkeit ein Spiel vorhanden, und unbedenklich müssen dabei die Grundsätze über das Letztre zur Anwendung kommen, vgl. auch Wilda S. 229, Strippelmann S. 153, Heimbach S. 417. Wann dies der Fall sei, wird sich meistens aus den Umständen mit Leichtigkeit ergeben, und dabei werden namentlich der Inhalt des Streits, auf welchen die Wette folgte, die Größe der Wettsumme, so wie auch der Umstand, ob die Wette allein steht, oder etwa eine ganze Reihe von Wetten hinter einander abgeschlossen wird, in Betracht gezogen werden müssen. Als eine einzelne konsequente Anwendung dieses Grundsatzes erscheint auch namentlich die Bestimmung des römischen Rechts, daß das Pariren bei Spielen keine Klage erzeugen soll, denn auch hier wird offenbar die Wette zu einem Spiele, l. 3. de aleat.

4) Es ist eben schon berührt worden, daß dann, wenn die Wettsumme unverhältnißmäßig groß ist, daraus regelmäßig der Schluß gerechtfertigt sein wird, daß keine wahre Wette, sondern ein Spiel vorhanden ist, woraus von elbst folgt, daß dann gar keine Klage deßhalb statthaft ist. Muß aber doch einmal in einem solchen Falle eine wahre Wette angenommen werden —

was allerdings möglich ist —, so dürfte sich gemeinrechtlich ein Moderationsrecht des Richters schwerlich rechtfertigen lassen. Doch ist dies partikularrechtlich öfter vorgeschrieben, und auch eine sehr verbreitete Praxis spricht sich dafür aus, vgl. Glück S. 358. und die dort Angeff., Wilda S. 230 fgg., Strippelmann S. 155 fgg., Heimbach S. 417 fag.

5) Wenn auch die Wette im Allgemeinen ein vollgiltiger Vertrag ist, so sind dabei doch natürlich die allgemeinen Erfordernisse eines Vertrags zu berücksichtigen. So versteht es sich also z. B. von selbst, daß eine Wette ungiltig ist, sofern sie als ein pactum *turpe* erscheint, vgl. l. 17. §. 5. de praescr. verb., und eben so äußert hierbei auch der Dolus eines Kontrahenten ganz die gewöhnlichen Wirkungen. Darum wird z. B. einer Wette, die auf einem Wortspiele oder dgl. beruht, öfter eine justa exceptio entgegengesetzt werden können, und dasselbe findet unter Umständen auch dann Statt, wenn der eine Wettende von der Richtigkeit seiner Behauptung vollkommen überzeugt ist. Daß im letztren Falle die Wette immer rescindirt werden könne, wenn nicht der Wettende ausdrücklich erklärt habe, daß und warum er seiner Sache völlig gewiß sei, dürfte sich freilich kaum rechtfertigen lassen, sondern es läßt sich wohl nur soviel behaupten, daß ein Dolus nur dann angenommen werden könne, wenn der, welcher etwas gewiß weiß, sich den Schein eines Zweifelnden gibt; vgl. auch Glück S. 353 fgg., Wilda S. 233 fgg., Heimbach S. 419 fg.

Fünftes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen aus Delikten und deliktsähnlichen Gründen.

I. Schuldverhältniſſe mit dem weſentlichen Zwecke der Abwehr bevorſtehender oder ſchon begonnener Rechtskränkungen.

1) Polizeiliche Interdikte zum Schutze öffentlicher Plätze, Wege, Flüſſe u. dgl. §. 674.

Dig. XLIII. 6. bis XLIII. 15. — Unterholzner II. S. 153 fgg. 160 fgg. 186 fgg., Windſcheid II. §. 467, vgl. auch Stölzel, op. novi nunc. S. 147 fgg. und in Jhering's Jahrbb. VIII. S. 150 fgg.

Anm. Die hierher gehörigen Beſtimmungen des römiſchen Rechts ſind im Weſentlichen folgende:

I. Zum Schutze eines *locus sacer*, Dig. XLIII. 6. ne quid in loco sacro fiat. Gegen denjenigen, welcher an einem ſolchen Orte etwas demſelben Nachtheiliges unternimmt, ſteht einem Jeden, welcher der betreffenden Religions-Gemeinſchaft angehört, ein Interdikt zu Gebote, l. 1. pr. h. t., welches nicht nur prohibitoriſch, ſondern auch reſtitutoriſch iſt, l. 2. §. 19. ne quid in loco publico (43, 8). Vgl. auch Heimbach in Weiſke's Rechtslex. V. S. 596 fg.

II. Zum Schutze eines *locus publicus*, Dig. XLIII. 8. ne quid in loco publico vel itinere fiat. Wenn Jemand durch irgend eine Anlage auf einem öffentlichen Platze einen Andren in irgend einer Weiſe (l. 2. §. 10 sqq. h. t.) beeinträchtigt, gegen den hat der Beeinträchtigte ein Interdikt, l. 2. pr. h. t., welches aber nur prohibitoriſch, nicht auch reſtitutoriſch iſt, l. 2. §. 17—19. l. 7. h. t.; vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 591 fgg. und Reinhard im ziv. Arch. XXXII. S. 201 fgg. — Auf einen locus publicus bezieht ſich auch noch ein andres prohibitoriſches Interdikt, Dig. XLIII. 9. de loco publico

fruendo. Wer nämlich die Benutzung eines locus publicus rechtsgiltig gepachtet hat, und der socius eines solchen Pachters haben ein prohibitorisches Interdikt zum Schutz gegen Störungen bei Ausübung der ihnen zustehenden Rechte, l. 1. h. t.; vgl. auch Heimbach cit. S. 559 fgg.

III. Zum Schutze eines öffentlichen Wegs, Dig. XLIII. 8. ne quid in loco publico *vel itinere* fiat. Außer dem vorher bei II. angeführten interd. ne quid in loco publico fiat, welches auch auf öffentliche Wege vollkommen Anwendung findet, l. 2. §. 3. h. t. kommen bei diesen letztren noch insbesondere folgende Interdikte vor:

1) Wenn Jemand an einem öffentlichen Weg eine Anlage macht oder eine Veränderung vornimmt, wodurch der Weg schlechter werden würde, gegen den hat Jeder aus dem Volke ein prohibitorisches Interdikt, l. 2. §. 20 sqq. h. t., und gegen den Inhaber einer solchen Anlage, mag er selbst sie errichtet haben oder nicht, kann ein Jeder ein restitutorisches Interdikt gebrauchen, l. 2. §. 35 sqq. h. t. Uebrigens beziehen sich diese Interdikte nur auf viae rusticae, denn „urbicarum cura pertinet ad magistratus", l. 2. §. 24. h. t. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 593 fgg., Reinhard cit. S. 208 fgg.

2) Wer von einem Andren gehindert wird, sich eines öffentlichen Wegs zu bedienen, kann nicht blos injuriarum klagen, sondern hat auch deßhalb ein besondres prohibitorisches Interdikt, l. 2. §. 45. h. t., Heimbach S. 595 fg., Reinhard S. 212 fgg.

3) Wer bei Wiederherstellung oder Ausbesserung eines öffentlichen Wegs von Jemanden verhindert wird, kann deßhalb ein prohibitorisches Interdikt gebrauchen, wenn nur durch seine Arbeiten der Weg nicht in Wahrheit schlechter wird, tit. Dig. XLIII. 11. de via publica et itinere publico reficiendo; Heimbach S. 585 fg.

IV. Zum Schutze eines öffentlichen Flusses.

1) Dig. XLIII. 12. [11] de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. Wenn in dem Flusse oder an dem Ufer des Flusses eine Anlage gemacht wird, wodurch die Landung oder die Schifffahrt selbst erschwert oder gehindert wird („quo *statio iterve* navigio deterior sit, fiat"), so hat ein Jeder aus dem Volke ein prohibitorisches Interdikt gegen den Unternehmer, l. 1. pr. §. 1 sqq. h. t., und ein restitutorisches Interdikt gegen den Inhaber der Anlage, l. 1. §. 19 sqq. h. t. Wenn auch diese Interdikte an sich nur auf schiffbare Flüsse gehen, so wird doch wenigstens das prohibitorische utiliter auch auf nicht schiffbare Flüsse angewendet, wenn durch die Anlage der Lauf des Flusses in nachtheiliger Weise verändert wird, l. 1. §. 12. 18. h. t., und eben so auch auf das Meer und das Meeresufer, l. 1. § 17. h. t. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 543 fgg.

2) Dig. XLIII. 13. [12] ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Wenn in dem Flusse oder an dem Ufer desselben eine Anlage gemacht wird, wodurch der Lauf des Flusses im Verhältniß zu dem nächstvorhergehenden Sommer in irgend einer den Anliegern nachtheiligen Weise geändert wird, so hat ein Jeder aus dem Volke (l. un. §. 9. h. t.) theils ein prohibitorisches Interdikt gegen den Unternehmer, l. un. pr.

§. 1 sqq. h. t., theils ein reſtitutoriſches gegen den Inhaber der Anlage, l. un. §. 11. sqq. h. t. Iſt übrigens die Veränderung zum Schutze eines eigenen Grundſtücks nothwendig, ſo kann hieraus eine Einrede entnommen werden, l. un. §. 7. h. t., ſo wie auch causa cognita die exceptio zugelaſſen wird, die Anlage geſchehe ripae muniendae causa, l. un. §. 6. h. t. Vgl. auch Heimbach S. 589 fg.

3) Dig. XLIII. 14. [13] ut in flumine publico navigare liceat. Wer an der freien Schifffahrt auf öffentlichen Flüſſen, Seen oder Kanälen, oder an der Benutzung der Ufer zum Ein- oder Ausladen, oder an der Benutzung des Fluſſes zur Viehtränke (l. un. §. 8. h. t.), gehindert wird, kann deßhalb ein prohibitoriſches Interdikt gebrauchen (l. un. pr. §. 1 sqq. h. t.) Wer am Fiſchfang in einem öffentlichen Fluſſe gehindert wird, kann deßhalb die actio injuriarum gebrauchen, obwohl diejenigen, die den Fiſchfang gepachtet haben, allerdings ein utile interdictum [de loco publico fruendo] anſtellen dürfen, l. un. §. 7. h. t., l. 13. §. 7. de injur. (47, 10). Vgl. Heimbach S. 625 fgg.

4) Dig. XLIII. 15. [14] de ripa munienda. Einem Jeden iſt Uferbeſſerung erlaubt, ſofern daraus nur kein Nachtheil für die Schifffahrt entſteht, und ſofern er ſich zur Stellung einer cautio damni infecti für die nächſten zehn Jahre erbietet. Unter dieſen Vorausſetzungen ſteht ihm gegen die Verhindernden ein prohibitoriſches Interdikt zu, l. un. h. t. Vgl. Heimbach S. 570 fg.

V. Zum Schutz der *aqua ex castello*. Wer das Privilegium hat, aus einem öffentlichen Waſſerbehälter (ex castello „i. e. ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit") Waſſer auf ein Privatgrundſtück abzuleiten, hat zum Schutze dieſes Rechts ein prohibitoriſches Interdikt, l. 1. §. 38 sqq. de aqua quotidiana et aestiva (43, 20). Vgl. Heimbach S. 535 fgg. und Strippelmann, Entſcheid. des O. A. G. zu Kaſſel Band III. Abhandl. I. S. 146 fgg.

VI. Zum Schutze öffentlicher Kloaken. Wegen jeder Anlage, wodurch eine öffentliche Kloake verſchlechtert wird, ſteht einem Jeden aus dem Volke ſowohl ein prohibitoriſches Interdikt gegen den Unternehmer, als auch ein reſtitutoriſches gegen den Inhaber zu, l. 1. §. 15. 16, l. 2. de cloacis (43, 23 [22]). Vergl. auch Heimbach a. a. O. S. 543. und beſ. Schmidt in der geſch. Zeitſchr. XV. S. 59 fgg.

2) Interdictum de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando. §. 675.

Dig. XI. 8. de mortuo inferendo et sepulchro aedificando. — Unterholzner II. S. 168. 209, Heimbach in Weiſke's Rechtslex. V. S. 563 fgg. S. 573 fgg.

3) Operis novi nuntiatio. §. 676.

Dig. XXXIX. 1. de operis novi nuntiatione, XLIII. 25. [24]

de remissionibus; Cod. VIII. 11. de novi operis nuntiatione. — Unterholzner II. S. 169 fgg., Koch III. S. 107 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 466. — *Kaemmerer*, de op. novi nunciat. Heidelb. 1807, Reinhard, Erl. des Pand. Titels de op. nov. nunc. Stuttg. 1820, *Engelhardt*, de op. novi nunc. Lips. 1821, G. Hasse, über die op. novi nunciatio; im Rhein. Mus. III. S. 579 fgg., Wiederhold, das interd. uti possidetis und die novi op. nuntiatio. Hanau 1831. S. 65 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII. S. 580 fgg., Schmidt (v. Ilmenau) in der Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 17 fgg., *Polis*, de operis novi nuntiat. Traj. ad Rh. 1853, Hesse, über die Rechtsverhältnisse unter den Grundstücks-Nachbarn. Bd. II. Eisenb. 1861. S. 79 fgg., Stölzel, die Lehre von der op. novi nunt. und dem interd. quod vi aut clam. Cassel 1865. (vgl. darüber Schmidt in krtt. V.J.S. VII. S. 289 fgg. und Baron ebendas. S. 483 fgg.), Hesse, das Einspruchsrecht — — oder das interd. Quod vi aut clam und die op. novi nunt. Leipz. 1866. S. 92 fgg. — Vgl. auch Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel. V. S. 114 fgg., Schäffer im prakt. Arch. Bd. I. S. 1 fgg., Zimmermann im ziv. Arch. XXXVII. S. 218 fgg., Rudorff in Bekker's Jahrb. IV. S. 122 fgg., Schmidt ebendas. S. 210 fgg., Ubbelohde in Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 101 fgg., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des röm. Zivilproz. Bonn 1865. S. 59 fgg.; s. auch Seuffert's Arch. III. 58. 174, V. 28, VII. 44. 45, IX. 161. XIV. 139, XV. 226.

Anm. Unter O. N. N. ist der außergerichtliche Akt zu verstehen, wodurch ein durch eine neue Bau-Anlage Beeinträchtigter die Fortsetzung derselben mit der Wirkung verbietet, daß, wenn dennoch vor ausgemachter Sache oder genügender Kautionsbestellung fortgearbeitet werden sollte, ohne Weiteres die Wiederherstellung des im Augenblicke der nuntiatio vorhanden gewesenen Zustandes verlangt werden kann. Ueber dieses in mehrfacher Beziehung eigenthümliche Rechtsinstitut gelten aber im Wesentlichen folgende Grundsätze:

I. Was zunächst die Erfordernisse der O. N. N. anbelangt, so wird

1) eine noch nicht vollendete („futura opera", l. 1. §. 1. h. t.), mit Grund und Boden zusammenhängende neue Anlage („opera solo conjuncta", l. 1 §. 12. h. t.) vorausgesetzt, sei es nun, daß ein Bauwerk aufgerichtet, verändert oder niedergerissen werden soll, l. 1. §. 11. h. t.:

Ulp. „Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat".

l. 1. §. 12. eod. („quorum aedificatio vel demolitio"). Andre Veränderungen

mit Grundstücken, z. B. das Abhauen oder Anpflanzen von Bäumen, gehören nicht hierher, l. 1. §. 12. cit., und eben so kann auch das bloße Stützen eines alten Gebäudes nicht als novum opus angesehen werden, l. 1. §. 13. h. t. Ob übrigens das novum opus in oder außerhalb der Stadt, auf einem Privat- oder einem öffentlichen Grundstücke errichtet wird, ist für das Recht der O. N. N. gleichgiltig, l. 1. §. 14. h. t.

2) „Nuntiatio fit aut *juris nostri conservandi causa*, aut *damni depellendi* aut *publici juris tuendi gratia*, l. 1. §. 16. h. t. Betrachten wir diese drei, von Ulpian angeführten Nuntiations-Gründe näher, so kann also

a) ein Grundbesitzer gegen eine neue Anlage sich *„juris sui conservandi causa“* der O. N. N. bedienen, d. h. wie Ulpian im folgenden Sen erläuternd hinzufügt, *„quia jus aliquid prohibendi habet“*, und auf dieses jus prohibendi, als eine Bedingung der nuntiatio wird auch noch öfter hingewiesen, vgl. z. B. l. 1. pr., l. 5. §. 5, l. 8. §. 2. h. t., l. un. pr. §. 2. de remissionib. (43, 25). Es wird aber dieses jus prohibendi und also die O. N. N. juris nostri conservandi causa, in l. 5. §. 9. h. t. auf drei Gründe zurückgeführt.

> *Ulp.* „Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut *naturalem*, aut *publicam*, aut *impositiam*; *naturalem*, quum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro; *publicam* causam, quoties leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur; *impositiam*, quum quis, posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit“.

Hiernach steht also dem Grundbesitzer zunächst unbezweifelt ein jus prohibendi und folgeweise das Recht zur O. N. N. zu, wenn durch die neue Anlage unmittelbar die Substanz seines Grundstücks afficirt wird („causa naturalis“), wie z. B. wenn Jemand auf unsrem Grund und Boden zu bauen, oder ein Bauwerk nieder zu reißen anfinge, vgl. auch l. 5. §. 8. h. t. Außerdem kann aber auch der Grundbesitzer ein jus prohibendi haben, wenn durch die neue Anlage ein seinem Grundstücke zustehendes Recht gefährdet wird, und dieses kann wieder in doppelter Weise vorkommen; dieses Recht gründet sich nämlich entweder auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen, z. B. auf Baugesetze („causa publica“), vgl. auch l. 1. §. 17. h. t, l. 3. pr. de mortuo infer. (11, 8), oder auf Privatdisposition („causa impositia“), also namentlich auf Servituten. Außerordentlich bestritten ist aber hier die Frage, ob denn wirklich ein Grundbesitzer sich zum Schutze aller Servituten der O. N. N. bedienen dürfe? vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück X. S. 221 fgg., *Kaemmerer* l. c. p. 116 sqq., Reinhardt a. a. O. S. 18 fgg., *Engelhardt* l. c. p. 13 sqq, Hasse a. a. O. S. 592 fgg., Wiederhold a. a. O. S. 87 fgg., Zachariä, über serv. rust. und urb. S. 6 fgg., *Polis* p. 28 sqq., Stölzel S. 34 fgg. Ohne in das Detail dieser wenig Belehrung bietenden Kontroverse einzugehen, soll hier nur das einfache, m. E. sehr konsequente Ergebniß der Quellen angegeben werden. Hier steht nämlich soviel fest, daß sowohl bei negativen

Servituten, l. 2. h. t., l. 15. de S P. U. (8, 2), als auch bei der servitus *oneris ferendi*, l. 6. §. 7. si servitus vindicetur (8, 5) die O. N. N. als zuläſſig angeführt wird, alſo überhaupt bei servitutes prohibendi und habendi, d. i. bei servitutes praediorum *urbanorum;* daß aber nirgends in unſren Quellen bei einer servitus faciendi, alſo bei einer servit. praed. *rusticorum* der O. N. N. Erwähnung geſchieht, ſondern dieſelbe vielmehr ausdrücklich bei der Wegegerechtigkeit als unanwendbar dargeſtellt wird, l. 14. h. t.:

> *Julian.* „Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, *nihil agit,* sed servitutem vindicare non prohibetur".

Erwägt man nun überdies, daß auch Ulpian gerade bei der Definition der causa imposititia nur der servitutes praed. *urbanorum* Erwähnung thut („posteaquam servitutem *aedibus suis* imposuit"), ſo dürfte m. E. das Reſultat nicht zweifelhaft ſein, daß überhaupt bei servitutes praed. rusticorum von der O. N. N. keine Rede ſein kann, und an dieſem Ergebniſſe kann uns auch der vage Ausſpruch der l. un. §. 3. de remiss. (43, 25):

> *Ulp.* „Jus habet novum opus nuntiandi, qui aut dominium *aut servitutem* habet"

nicht irre machen, da derſelbe keineswegs mit Nothwendigkeit dahin verſtanden werden muß, daß wegen jeder Servitut die Nuntiation zuläſſig ſei. Der augenſcheinliche Grund dieſer quellenmäßigen Unterſcheidung liegt aber darin, daß bei den servitutes rusticae, deren Weſen ja eben nur darin beſteht, daß der Berechtigte die Befugniß zu einzelnen Handlungen erhält, gar kein unmittelbares jus prohibendi Statt findet, indem derſelbe ſtets blos intendiren kann: „jus sibi esse ire agere", aber nicht auch: „jus tibi non esse aedificare", vgl. l. 9. si serv. vindic. (8, 5). Bei den servitutes praed. urban. verhält ſich dies aber ganz anders, denn ſie mögen in habendo oder in prohibendo beſtehen, ſo iſt ſtets ein unmittelbares jus prohibendi in ihrem Weſen begründet.

b) Es kann aber auch die O. N. N. „*damni depellendi causa*" geſchehen, wenn nämlich die neue Anlage die Sicherheit der Nachbargrundſtücke bedroht, ſo daß deßhalb die cautio damni infecti gefordert werden dürfte. Wird dieſe verweigert, ſo findet deshalb bis zu ausgemachter Sache die O. N. N. Statt, l. 1. §. 17. h. t., Stölzel S. 125 fgg. Vgl. auch Bachofen, Pfandr. I. S. 391 fgg.

c) Endlich „*publici juris tuendi gratia*" kommt die O N. N. vor, wenn auf Grundſtücken, die dem gemeinen Beßten dienen, eine widerrechtliche Anlage gemacht wird, l. 1. §. 17. h. t.: „si quid fiet vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis"; vgl. auch Stölzel S. 136 fgg.

3) Das Recht zur Nuntiation hat bei der nuntiatio publici juris tuendi gratia ein jeder mündiger Bürger, l. 3. §. 4, l. 4, l. 5. h t. In den übrigen Fällen kann aber nur der beſonders Betheiligte opus novum nuntiiren, l. 1. §. 19. h. t.:

> *Ulp.* „Juris nostri conservandi aut damni depellendi causa opus novum nuntiare potest is, ad quem res pertinet".

Vor allen alſo gehört hierher der Eigenthümer des in ſeiner Subſtanz oder

ſeinen Rechten beeinträchtigten Grundſtücks, als der natürliche Repräſentant deſſelben, l. un. §. 3. de remission. (43, 25):

Ulp. „Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet".

(Die von Bachofen, Pfandr. I. S. 104 fgg. aufgeſtellte, und von *Polis* cit. p. 8 sqq. gebilligte Auslegung dieſer Worte, wornach dominium und servitus hier einen Gegenſatz bilden ſollten, und Ulpian damit ſagen wolle, daß die Befugniß zur O. N. N. zuerſt dem Eigenthümer, dann aber auch einem Servitut-Berechtigten, der nicht Eigenthümer ſei, zuſtehe, hat zwar manche äußere Gründe für ſich, aber m. E. ganz entſcheidende innere Gründe gegen ſich). Steht das gefährdete Grundſtück im Miteigenthume Mehrerer, ſo hat jeder Einzelne ein, freilich auch nur für ihn wirkſames Einſpruchsrecht gegen jeden Dritten, l. 5 §. 6. h. t.; gegen einander dürfen aber Miteigenthümer von der nuntiatio keinen Gebrauch machen, ſelbſt dann nicht, wenn das von dem einen Sozius auf dem gemeinſamen Grundſtück begonnene opus einem im Alleineigenthum des Andren ſtehenden Grundſtücke Schaden droht, l. 3. §. 1. 2. h. t., offenbar deßwegen, weil die nuntiatio immer gegen ſämmtliche Miteigenthümer wirkt, l. 5. §. 5. h. t., und in unſrem Falle alſo der Nuntiant auch gegen ſich ſelbſt nuntiiren würde; vgl. auch Stölzel S. 59 fgg. S. 117 fg., Heſſe, Einſpruchsrecht S. 118 fg. — Außer dem Eigenthümer ſteht aber die Befugniß zur nuntiatio auch denjenigen zu, denen eine utilis vindicatio eingeräumt iſt, wie namentlich dem Superfiziar, l. 3. §. 3. h. t., dem Pfandgläubiger, l. 9. h. t., l. 1. §. 5. de remiss. (wo übrigens unzweifelhaft Statt „detentionem servitutis" geleſen werden muß „*petitionem* serv.", vgl. l. 16. de servit. und ſ. *Cujac.*, obs. I. 16, Bachofen a. a. O. S. 105, aber auch Stölzel S. 52 fg.), und folglich gewiß auch dem Emphyteuta (a. M. Stölzel S. 54 fg.) und dem *bonae fidei possessor*, obwohl namentlich das Letztre ſehr beſtritten iſt. (Wenn Stölzel S. 53 fgg. das Einſpruchsrecht des Superfiziar und des Pfandgläubigers auf die causa *imposititia* beſchränken will, weil ihnen nur eine actio confessoria utilis, aber nicht auch eine actio negatoria utilis zuſtehe, vgl. auch Baron S. 515: ſo beruht dieſe Annahme m. E. auf keinem haltbaren Grunde, ſ. auch Dernburg, Pfandr. II. S. 388, Heſſe, Einſpruchsr. S. 120 fg., Windſcheid §. 466. Not. 4). — Der bloſe Uſufruktuar hat dagegen kein ſelbſtſtändiges Recht zur O. N. N., ſondern er kann nur im Namen des Eigenthümers, procuratorio nomine, alſo natürlich nur gegen Dritte, nicht gegen den Eigenthümer ſelbſt, nuntiiren, l. 1. §. ult., l. 2. h. t., l. un. §. 4. de remiss.; vgl. übrigens *Mandrea*, de usufructu parte dominii p. 50 sqq., Stölzel S. 44 fgg., Baron S. 515 fg., Heſſe, Einſpruchsr. S. 121 fgg. — Daß Pächter und andere blos obligatoriſch Berechtigte nicht suo nomine nuntiiren können, verſteht ſich darnach ganz von ſelbſt, vgl. auch l. 3 §. 3. h. t. („movet, quod quasi inquilinus sum").

4) Was die Form der O. N. N. anbelangt, ſo iſt es freilich aus innern Gründen ſehr wahrſcheinlich, daß dabei, wenigſtens im Allgemeinen, die feierliche Form der Denuntiatio, namentlich ſolenne Zeugenaufrufung [vgl. l. 8. §. 1. h. t., l. 1. §. 7. quod vi aut clam (43, 24)] in Anwendung gebracht werden

mußte, vgl. Asverus, die Denuntiation der Römer. Leipz. 1843. S. 125 fgg. vgl. mit S. 91 fgg.; aber aus unſrem Korpus juris läßt ſich eine ſolche beſondre Form nicht mehr beweiſen, und für das praktiſche Recht muß alſo die Nuntiation als ein formloſer Akt aufgefaßt werden. Namentlich iſt dazu auch keine Mitwirkung des Gerichts vorgeſchrieben, l. 1. §. 2. h. t.:

Ulp. „Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem; potest enim nuntiare quis, etsi eum non adierit“,

obwohl es doch wohl vorkommen mochte, daß man ſich, etwa in zweifelhaften Fällen, dazu vom Prätor autoriſiren ließ, vgl. l. 16. h. t., und dann wohl unter Umſtänden auch die nuntiatio benegirt wurde, l. 19. fin. h. t, vgl. auch Haſſe a. a. O. S. 626 fgg. Da übrigens die Wirkung der Nuntiatio durch das prätoriſche Edikt begründet war, und man inſofern dieſelbe als ein vom Prätor ausgehendes Verbot betrachten darf, vgl. auch Wiederhold a. a. O. S. 68 fgg., ſo erklärt es ſich, daß bei den Römern dem Prätor ſelbſt nicht nuntiirt werden durfte, ſondern in ſolchem Falle nur eine vorläufige testatio Statt fand, welche dann aber ſpäter rückwirkende Kraft erhielt, l. 5. §. 7. h t.; doch iſt dies Manchen ſo unwahrſcheinlich vorgekommen, daß ſie die Worte: si quis ipsi Praetori velit opus novum nuntiare nicht von einer dem Prätor gegenüber, ſondern vielmehr von einer vor dem Prätor vorzunehmenden, Nuntiatio verſtehen wollen, vgl. z. B. Haſſe S 587 fgg., Mühlenbruch §. 461. bei Not. 8, was ich für ganz unzuläſſig halte; ſ. jetzt auch *Polis* cit. p. 17 sqq. — Das iſt aber eigenthümlich bei der O. N. N., daß ſie „in rem fit, non in personam“, l. 10. 23. h. t., und ſo muß es ſich denn auch in der äußeren Form ausſprechen, daß gleichſam dem Werke geboten wird, ſtille zu ſtehen. Es muß nämlich die Einſprache gegen den Weiterbau nothwendig in unmittelbarer Nähe des novum opus eingelegt werden, „in re praesenti et paene dixerim, ipso opere, hoc est in re ipsa“, und dabei wird nur vorausgeſetzt, daß Jemand „domini operisve nomine“ gegenwärtig iſt, durch welchen der dominus Kunde von der geſchehenen nuntiatio bekommen kann, z. F. Frau, Kinder, Geſinde, Werkleute, l. 5. §. 2—4. h. t.; daß der dominus wirklich davon Kunde bekomme, iſt nicht erforderlich, l. 1. §. 5, l. 10. 11. h. t. Wird nicht gegen die ganze neue Anlage Einſprache eingelegt, ſo muß bei der Nuntiatio genau bezeichnet werden, worauf ſich dieſelbe beziehe, l. 5. §. 15. h. t, und wenn das opus an mehreren Orten errichtet wird, ſo muß an ihnen ſämmtlich die Nuntiatio wiederholt werden, l. 5. §. 16. h. t. Uebrigens kann dieſelbe auch wirkſam von einem Prokurator vorgenommen werden, l. 1. §. 3. h t., aber nicht auch von einem Sklaven, l. 5. §. 1. h. t., und der Prokurator muß jedenfalls Realkaution wegen der Genehmigung ſtellen, l. 5. §. 18. h. t.; Stölzel S. 246 fgg. Auf dieſe stipulatio de rato bezieht ſich auch der ſchwierige, und meiſtens mißverſtandene (vgl. z B. die ganz verfehlten Erklärungen von *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 46. n. 25, in opp. IV. p. 498, und von *Duaren.*, praelect. in tit. de O. N. N. prael. XVI., in opp. p. 600) Ausſpruch von Julian in l. 13. h. t.:

„Quum procurator opus novum nuntiat, et satisdat rem ratam dominum habiturum, et remissio in domini personam confertur:

(§. 1.) si dominus opus novum nuntiaverit intra diem, quae stipulatione ex operis novi nuntiatione interposita comprehensa esset, committitur stipulatio; si praeterita ea die dominus nuntiaverit, non committitur; nam et ipsi domino, quum semel nuntiaverit, non permittitur iterum nuntiare, quamdiu stipulatio ex operis novi nuntiatione tenet".

Vor Allem iſt hier die Bemerkung von *Cujac.*, obss. V. 40. zu beherzigen, daß die in unſren Ausgaben gemachte Paragraphen-Eintheilung gewiß falſch iſt, und der ganze §. 1. vielmehr einen einzigen Satz mit dem princ. bildet, ſo daß dieſes letztre nur die Vorausſetzungen für die in §. 1. gegebene Entſcheidung enthält. Der Fall, welchen Julian entſcheidet, iſt nämlich folgender. Ein Prokurator hat opus novum nuntiirt und de rato kavirt; der Nuntiat hat dagegen durch die stipulatio ex op. novi nuntiatione (die ſ. g. cautio de demoliendo) Remiſſion erwirkt, und zwar war dieſe stipulatio, wie es gewiß meiſtens vorkam, eine betagte, d. h. der Nuntiat hatte die Reſtitution des opus verſprochen, wenn der Nuntiant innerhalb einer beſtimmten Zeit ſein jus prohibendi dargethan haben würde. Nach dieſen Vorgängen nimmt nun der Dominus ſelbſt eine O. N. N. vor, und es entſteht die Frage, ob dadurch die *stipulatio de rato* verwirkt werde, oder nicht, ob alſo nun der Nuntiat gegen den Prokurator aus dieſer Stipulation Klage erheben dürfe oder nicht? Julian entſcheidet, wenn der Dominus noch vor Ablauf der Zeit, welche in der stipulatio ex op. novi nuntiatione feſtgeſetzt war, die Nuntiatio vorgenommen hat, ſo iſt allerdings die stipulatio de rato verwirkt, weil ſich in dieſer Nuntiatio die Nichtgenehmhaltung des Dominus ausſpricht, denn, wollte er ratihabiren, ſo durfte er eben ſo wenig in dieſer Zeit nutiiren, wie wenn er ſelbſt die erſte Nuntiatio vorgenommen hätte („nam et ipsi domino" rel., ſchärfer würde der Ausdruck werden, wenn man läſe: nam et domino, quum ipse semel nuntiaverit etc.); erfolgt aber die Nuntiatio erſt nach Ablauf jener Zeit, ſo kann von einer Verwirkung der stipuatio de rato keine Rede ſein. Vgl. auch *Gloss.* ad h. l., *Cujac.* ad Julian. Dig. lib. XLI. ad h. l. (in opp. VI. p. 292) *Polis* cit. p. 38 sqq., Stölzel S. 247 fg.

II. Die Wirkung der gehörig vorgenommenen O. N. N. beſteht darin, daß jede vor ausgemachter Sache geſchehene Fortſetzung des novum opus als widerrechtlich erſcheint, l. 20. §. 4. h. t.:

Ulp. „Quidquid autem ante remissionem fit — — —, pro eo habendum est, atque si nullo jure factum esset",

und ohne Weiteres vermittelſt eines eigenen Interdikts, des h. z. T. ſ. g. interdictum demolitorium die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes verlangt werden kann, l. 20. pr. h. t.:

Ulp. Praetor ait.: „*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas*".

Hierbei ſind noch folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Die O. N. N. iſt ſchlechthin nur wirkſam für denjenigen, von welchem

oder in deſſen Namen ſie ausgegangen iſt, und weder ein Univerſal- noch ein Singular-Succeſſor können aus derſelben ein Recht erwerben, l. 8. §. 6. h. t.:

Paul. „Morte ejus, qui nuntiavit, extinguitur nuntiatio, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi“,

und ſelbſt für den Miteigenthümer des Nuntianten iſt ſie unwirkſam, l. 5. §. 6. h. t. Damit verträgt es ſich aber begreiflich ſehr wohl, daß wenn einmal durch Verletzung der Nuntiatio für den Nuntianten bereits ein Recht erworben iſt, das hierdurch begründete Interdikt unbedenklich auf die Erben übergeht, l. 20. §. 6. h. t.:

Ulp. „Hoc interdictum perpetuo datur, et heredi ceterisque successoribus competit“.

2) Bei der Frage, gegen wen die O. N. N. wirkſam ſei, muß man von dem Satze ausgehen, daß die Nuntiatio *in rem* fit, non in personam, l. 10. 23. h. t., und daraus geht von ſelbſt hervor, daß die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes verlangt werden kann, mag die gegen die nuntiatio vorgenommene Fortſetzung des novum opus ausgegangen ſein, von wem ſie will, und mag der, von welchem ſie ausging, von der Nuntiatio etwas gewußt haben, oder nicht. Doch iſt allerdings inſofern ein Unterſchied zu machen, daß bald der Kläger verlangen kann, daß der Verklagte auf eigene Koſten die Reſtitution bewirke, bald aber der Verklagte nur angehalten werden kann, dem Kläger „patientiam destruendi operis“ zu präſtiren, und zwar iſt der einfache Gedanke der, daß das Erſtre als eine Strafe erſcheint, l. 22. h. t.:

Marcell. „— — — nam et in restituendo hujusmodi opere ejus, qui contra Edictum fecit, *poena* versatur, porro autem *in poenam* heres non succedit“,

und alſo natürlich nur gegen denjenigen in Anwendung kommen kann, welcher ſich eines Delikts ſchuldig gemacht hat, d. h. gegen denjenigen, welcher in dem Bewußtſein des gegen das Werk erhobenen Einſpruchs das opus fortgeſetzt hat. (Abweichende Anſichten vertheidigen Stölzel S. 213 fgg. und Baron S. 529 fgg., die aber ſelbſt auch nicht unter einander übereinſtimmen). Hieraus ergeben ſich folgende Sätze:

a) Die O. N. N. hat nicht blos dem Nuntiaten ſelbſt gegenüber Wirkſamkeit, ſondern das interdictum demolitorum iſt auch dann begründet, wenn ein Singular- oder Univerſal-Succeſſor des Nuntiaten das Werk fortgeſetzt hat, l. 8. §. 7. h. t:

Paul. „Quodsi is, cui opus novum nuntiatum erat, decesserit, vel aedes alienaverit, non extinguitur operis novi nuntiatio“,

l. 23. (ult.) h. t.:

Javolen. „Is, cui opus novum nuntiatum erat, vendidit praedium, emtor aedificavit; emtorem, an venditorem teneri putas, quod adversus Edictum factum sit? Respondit, quum operis novi nuntiatio facta est, si quid aedificatum est, *emtor, id est dominus praediorum tenetur*, quia nuntiatio operis non personae fit; et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est“.

In offenbarem Widerſpruch hiermit ſcheint jedoch l. 3. §. 3. de alienat. judic. mutandi causa facta (4, 7) zu ſtehen,

> *Gai.* „Opus quoque novum si tibi nuntiaverim, tuque eum locum alienaveris, et emtor opus fecerit, dicitur, te hoc judicio [sc. ex alienat. jud. mut. c. facta] teneri, quasi neque tecum ex operis novi nuntiatione agere possim, quia nihil feceris, *neque cum eo, cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit*“,

indem hier Gaius das Interdikt aus der O. N. N. gegen den Käufer eben ſo beſtimmt abzuſprechen ſcheint, wie Javolen in l. 23. cit. es gegen denſelben zuläßt. Die Konjektur von *Nic. Catharin.*, Obss. et conjectt. lib. II. c. 29. (in Meerm. thes. VI. p. 781), welcher in l. 3. §. 3. cit. leſen will: te hoc judicio *non* teneri, iſt ſchon an und für ſich unverſtändig, und würde überdies den Widerſtreit der beiden Stellen gar nicht heben, und eben ſo ungenügend ſind die Auslegungen von *Pancirol.*, thes var. lect. lib. III. c. 2. (in Jurispr. Rom. et Att. II. p. 1408 sqq.), welcher das *quasi* für *perinde ac* nimmt („die actio in factum ſoll gegen den Verkäufer angeſtellt werden, nicht anders, wie wenn gegen den Käufer das interd. ex oper. novi nuntiatione nicht gebraucht werden könnte“ — es dürfte allerdings auch das Interdikt gebraucht werden, aber zur Begründung der actio in factum werde gleichſam fingirt, es finde das Interdikt nicht Statt), und von *Teisterbant* dict. *Bilderdyk*, obss. et emendd. cap. 4. p. 37 sqq., welcher glaubt, daß Gaius in l. 3. §. 3. cit. blos eine fremde, aber vielleicht in praxi befolgte, Meinung mit ihren falſchen Gründen referirte („*dicitur*“), ohne ihr irgend beiſtimmen zu wollen; ſ. jetzt auch Baron S. 530 fg. (Was derſelbe Schriftſteller an einem andren Orte ſeines Buchs, cap. 39. p. 227 sqq., zur Beſeitigung der Antinomie vorſchlägt, läuft im Weſentlichen auf die Idee von Pancirol. hinaus). Verbindet man mit l. 3. §. 3. cit. den vorherg. §. 2. und den folg. §. 4, ſo ſieht man leicht, daß Gaius der op. novi nuntiatio nicht alle Wirkſamkeit dem Käufer gegenüber abſprechen, ſondern daß er nur ſagen will, der Nuntiant könne von dem ſchuldloſen Käufer nicht die Reſtitution des opus [ſondern nur *patientiam* destruendi operis] verlangen, und daß deßhalb — wegen der Reſtitutions-Koſten — die actio in factum gegen den Verkäufer begründet ſei, vgl. auch *Gloss.* ad l. 3. §. 3. cit., *Cujac.*, recitt. sol. ad lib. XXXIX. tit. 1. l. 1. §. Et adversus absentes (opp. X. p. 1177) und ad l. 8. §. Morte ejus (opp. X. p. 1193), *Pacius*, *Ἐναντ.* cent. III. nr. 12, *Merenda*, controv. jur. lib. XVIII. c. 26, *Kaemmerer* l. c. p. 198, Haſſe a. a. O. S. 603 fgg., *Polis* cit. p. 57 sqq. — Das Reſultat iſt alſo, gegen denjenigen, *qui fecit et possidet* iſt immer das interdictum ex operis novi nuntiatione auf *patientia* gegründet, aber auf die *impensae* nur dann, wenn wiſſentlich gegen die Nuntiatio gefehlt iſt. (Die Meinung Stölzel's S. 223 fgg., daß der fortbauende Succeſſor nur dann dem interd. demolitorium unterliege, wenn er von der Nuntiatio Kunde gehabt habe — wodurch dann auch die l. 3. §. 3. cit. ſich erklären ſoll —, iſt m. E. eben ſo unhaltbar, wie die Anſicht von Baron S. 530, daß der Käufer immer, möge er die Nuntiatio gekannt haben oder nicht, in solidum, alſo zur Reſtitution auf eigene Koſten zu verurtheilen ſei).

b) Wenn gegen die O. N. N. gefehlt iſt, aber der, welcher es gethan hat, iſt nicht mehr im Beſitz — si alius fecit, alius possidet —, ſo iſt zunächſt ſoviel ausgemacht, daß gegen den Beſitzer, mag er Singular- oder Univerſal-Succeſſor des Thäters ſein, zwar unbedenklich das interd. ex op. novi nuntiatione gebraucht werden kann, aber natürlich immer nur auf *patientia*, l. 22. h. t. (A. M. ſind jetzt Stölzel S. 223, Baron S. 531, Windſcheid, Lehrb. §. 466. Not. 12, welche in dieſem Falle das Interdikt gegen den Singular-Succeſſor ganz in Abrede ſtellen). Gegen den Thäter geht das Interdikt auf vollen Erſatz, und gegen die Erben deſſelben auf ſoviel, als ſie bereichert ſind, l. 20. §. 7. 8. h. t. (Abweichend iſt Baron S. 529).

c) Wenn das novum opus auf einem Grundſtücke errichtet wurde, welches Mehreren gemeinſchaftlich gehört, und es iſt auch nur Einem der Miteigenthümer nuntiirt worden, ſo iſt dieſe O. N. N. dennoch gegen Alle wirkſam. Doch kann, wenn nachher nur Einer von ihnen gegen die Nuntiatio fehlte, das Interdikt nur gerade gegen dieſen in solidum gebraucht werden, während die Uebrigen nur zur Präſtation der patientia verpflichtet ſind, l. 5. §. 5, l. 18. pr. h. t.

3) Das Interdikt iſt immer begründet, einerlei, ob der, welcher gegen die O. N. N. fehlte, ein Recht zur Errichtung des opus novum hat, oder nicht, l. 20. §. 3. h. t.:

Ulp. „Ait Praetor: *quod factum est, restituas;* quod factum est, jubet restitui, neque interest, jure factum sit, an non; sive jure factum est, sive non jure factum est, interdictum locum habebit“, l. 1. pr. §. 7, l. 20. §. 1. 4. h. t. Auf das Recht des Nuntiaten darf ſich alſo die Verhandlung bei dieſem Interdikt niemals erſtrecken, ſondern die Reſtitution muß erfolgen, wenn der Kläger nur beweiſ't, daß er in dem zur Vornahme der Nuntiatio erforderlichen Verhältniſſe zu dem beeinträchtigten Grundſtücke ſtehe (daß er Eigenthümer, Superfiziar u. ſ. w. ſei), daß eine gehörige Nuntiatio geſchehen, und daß trotz derſelben doch das opus fortgeſetzt worden ſei. Zum Zweck dieſes letztren Beweiſes war es gewöhnlich, ſogleich bei der Nuntiatio Maaße an dem Werke zu nehmen, und da dies regelmäßig nicht ohne Eingriff in das fremde Gebiet geſchehen konnte, ſo ließ man ſich deßhalb ein eignes Dekret vom Prätor geben, l. 8. §. 5. h. t. (Wenn Manche, wie z. B. Stölzel S. 227, vgl. auch S. 540 fg., Windſcheid Not. 13. u. A. nicht einmal den Beweis verlangen, daß der Nuntiant in einem zur Nuntiatio berechtigenden Verhältniß zu dem bedrohten Grundſtücke ſtehe: ſo iſt doch wahrlich ſchwer zu glauben, daß ein Bauunternehmer dann, wenn irgend ein beliebiger Paſſant dem Werke Stillſtand gebietet, verpflichtet ſein ſolle, ſogleich mit dem Weiterbau einzuhalten und erſt Remiſſion von dem Richter auszuwirken! Ueberdies wird ja auch nach den Worten des Edikts die Demolition dann nicht zugelaſſen, wenn die Nuntiatio „in ea causa esset, ut remitti debeat“, und es kann doch nicht bezweifelt werden, daß die Remiſſion dann, wenn ein ganz Unberechtigter nuntiirt hat, immer erfolgen muß. Vgl. auch Karlowa S. 62 fg.).

4) Das Interdikt wird durch eine wirkſame Einrede dann entkräftet, wenn nach der Nuntiatio ein Vertrag unter den Intereſſenten abgeſchloſſen

worden ist, l. 1. §. 10. h. t., wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß die Nuntiatio nicht publici juris tuendi gratia geschah, denn in diesem Falle ist ein solcher Vertrag unwirksam, l. 7. §. 14. de pact. (2, 14), wenn das öffentliche Wohl die Fortsetzung des Werkes erheischt, l. 5. §. 11. h. t., l. 3. §. 8. de rivis (43, 21), und wenn das neue Werk derartig ist, daß es schlechthin keinen Aufschub leidet, l. 5. §. 12. h. t. Doch soll in Fällen der letztren Art der Nuntiat bei dem Richter anfragen „an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet", l. 5. §. 13. h. t.

III. Was die Erlöschungsgründe der O. N. N. anbelangt, so scheint vor Justinian der Grundsatz gegolten zu haben, daß dieselbe von selbst nach Ablauf eines Jahres ihre Kraft verliere, und auch nach dieser Zeit nicht wieder erneuert werden könne, vorausgesetzt natürlich, daß der Nuntiant nicht innerhalb dieser Zeit ein, sein jus prohibendi anerkennendes Urtheil erwirkt hatte. Dies ist aber von Justinian in l. un. C. h. t. aufgehoben worden, und seitdem kommen — abgesehen von dem schon oben bei II. 1. besprochenen Falle, wenn der Nuntiant stirbt, oder doch sein Recht an dem Grundstück, wegen dessen er Einspruch erhoben hat, verliert — nur noch die Remission und die Satisdation in Betracht. Was nun hier:

1) die Remission durch den kompetenten Richter anbelangt, so wird darüber auf Antrag des Nuntiaten, welcher sein Werk von dem Banne lösen will (l. 5. §. 17. fin. h. t.) extra ordinem verhandelt (l. 1. §. 9. h. t.); und die Remission dann ertheilt, wenn sich bei dieser Untersuchung herausstellt, daß eine der Voraussetzungen der O. N. N. nicht begründet ist (s. oben bei I.), oder daß einer der oben bei II. 4. angedeuteten Ausnahmsfälle vorliegt, so wie auch immer ohne Weiteres dann, wenn der Nuntiant den ihm aufzulegenden Kalumnien-Eid nicht schwört, l. 5. §. 14. h. t., oder derjenige, welcher procuratorio nomine die Nuntiatio vornahm, die cautio de rato nicht stellen will, l. 5. §. 18. h. t. Das jus prohibendi selbst bleibt aber bei dieser Untersuchung ganz außer Frage, und wie auch immer die Entscheidung über die remissio ausfallen mag, so wird dadurch dieses jus prohibendi des Nuntianten weder annoch aberkannt. Wird nämlich die Remission verweigert, und also die Nuntiatio aufrecht erhalten, so bleibt dem Nuntiaten noch immer die Aushilfe, daß er alsbald durch *satisdatio* eine Aufhebung der nuntiatio bewirken kann (s. nachher bei Nr. 2), und überdies versteht es sich von selbst, daß wenn in dem Petitorium sein jus aedificandi rechtskräftig anerkannt wird, damit natürlich die Nuntiatio von selbst ihre Wirksamkeit verliert. Wird aber umgekehrt die remissio aus einem der oben angedeuteten Gründe wirklich ertheilt, so wird dabei doch dem Nuntianten ausdrücklich sein jus prohibendi reservirt, wie dies schon mit Evidenz aus dem uns erhaltenen Formular hervorgeht, welches der Prätor bei Ertheilung der remissio zu Grunde legte, l. un. pr. de remiss. (43, 25):

> „Ait Praetor: *Quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio*";

d. h. „wenn der Nuntiant ein wirklich begründetes — im petitorium zu

erweisendes — jus prohibendi hat, so bleibt ihm dieses unbenommen [und du mußt dann, ungeachtet dieser Remission, doch dein Bauwerk wieder zerstören], abgesehen davon aber kannst du jetzt weiter bauen, ohne das interdictum demolitorium fürchten zu müssen"; vgl. auch l. 1. pr. h t. („— — — deinde remitteretur prohibitio *hactenus*, quatenus prohibendi jus is, qui nuntiasset, non haberet"); und daraus geht von selbst hervor, daß die Wirkung der remissio nur darin besteht, daß der Zustand vor der Nuntiatio wieder hergestellt wird. — Uebrigens ist es, wenn es an einem wesentlichen Erfordernisse der Nuntiatio fehlt (wenn also z. B. der Nuntiant gar nicht Eigenthümer, Superfiziar u. s. w. ist, oder wenn er wegen einer servitus rustica nuntiirt, oder wenn die nuntiatio nicht in rem geschehen ist), gar nicht einmal nöthig, eine remissio zu bewirken, sondern der Nuntiat kann auch, wenn er seiner Sache gewiß ist, ohne Weiteres fortbauen, indem diese Mängel auch bei dem interd. demolitorium zur Sprache gebracht werden dürfen, denn nach den ausdrücklichen Worten des Edikts wird die Demolirung nur dann zugelassen, wenn der Fortbau erfolgte, „antequam nuntiatio missa fieret, *aut in ea causa esset, ut remitti deberet*". Hiernach ist es offenbar mehr nur eine nützliche Kautel, als eine gesetzliche Nothwendigkeit, ein besonderes Remissions-Verfahren einzuleiten. Wenn Stölzel S. 211. die Worte des Edikts: aut in ea causa esset rel. auf den Fall beschränken will, wenn der Nuntiant eine vom Nuntiaten angebotene Kaution nicht angenommen habe, so wird dies durch l. 20. §. 5. h. t. nicht gerechtfertigt. — Ueber Voraussetzungen und Wirkungen der Remission weichen übrigens auch die Ansichten der neuesten Bearbeiter unsrer Lehre sowohl von der hier angedeuteten, als auch unter einander sehr ab; vgl. bes. Schmidt in Gieß. Zeitschr. S. 38 fgg., Jahrb. S. 220 fgg, V.J.S. S. 299 fgg., *Polis* p. 65 sqq., Rudorff S. 137 fgg., Stölzel S. 166 fgg. S. 271 fgg., Baron S. 519 fgg., Hesse, Einspruchsrecht S. 130 fgg., Karlowa S. 65 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 466. Anm. 9.

2) Die O. N. N. erlöscht auch ipso jure durch die *stipulatio ex op. novi nuntiatione*, d. i. durch die h. z. T. s. g. *cautio de demoliendo;* vgl. Schmidt, Zeitschr. S. 22 fgg., Jahrb. S. 215 fgg., Schirmer, die prätor. Judizialstipul. S. 47 fgg., *Polis* p. 78 sqq., Rudorff S. 143 fgg., Ubbelohde in Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 101 fgg., Stölzel S. 93 fgg. bes. S. 105 fgg., Hesse, Einspruchsr. S. 145 fgg., Karlowa S. 82 fgg. Der Nuntiat erhält nämlich das Recht fortzubauen, wenn er verspricht, für den Fall, daß der Prozeß zu seinem Nachtheile ausgehen würde, den früheren Zustand auf seine Kosten vollkommen wieder herzustellen, l. 5. §. 17, l. 8. §. 2. 4, l. 12. l. 20. §. 1, l. 21. h. t., l. un. §. 2. de remiss. (43, 25), l. 2. §. 1. de stipul. praet. (46, 5), wobei jedoch nicht eine bloße repromissio genügt, sondern eine Sicherstellung durch Bürgen erfordert wird, legg. citt. verb. mit l. 1. §. 6. de stipul. praet. (46, 5). Sollte die Kaution in genügender Weise angeboten, aber von dem Nuntianten nicht angenommen sein, so ist auch dieses hinreichend, um das Recht des Weiterbauens zu erwerben, l. 5. §. 17, l. 20. §. 9. 13. h. t. — Ist nun diese Kaution wirklich geleistet, oder ohne Grund von dem Nuntianten nicht angenommen worden, so muß immer eine remissio

erfolgen, ja, dieſe iſt gar nicht einmal nöthig, l. un. §. 2. de remiss. (43, 25):

Ulp. „Plane si satisdatum est, exinde remissio facta est, *non est necessaria remissio*“,

ſondern es tritt ſchon von ſelbſt ganz die Wirkung ein, wie wenn dieſelbe ertheilt wäre, l. 5. §. 17. h. t. („perinde est, ac si O. N. N. omissa esset“), l. 8. §. 2. 4, l. 20. pr. h. t. („vice nuntiationis missae“). Namentlich ſteht dem Kaventen ein eignes prohibitoriſches Interdikt zur Seite, wenn der Nuntiant ihn noch ferner an dem Fortbau hindern wollte, l. 20. §. 9. sqq. h. t. — Dieſes Recht der Kautionsleiſtung iſt aber weſentlich durch Juſtinian modifizirt worden, indem derſelbe verordnet, daß der Nuntiant ſich immer erſt dann eine ſolche Kautionsleiſtung gefallen zu laſſen brauche, wenn der auf die Nuntiatio folgende Prozeß ſich in die Länge ziehe, und namentlich über drei Monate dauere; denn dies iſt doch gewiß der Sinn der l. un. C. h. t..

„— — — sancimus, si quis denuntiationem emiserit, in hac quidem regia urbe praefectum urbi festinare, in provincia vero rectorem ejus intra trium mensium spatium causam dirimere; sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denuntiationes prohibebuntur, et recte denuntiantibus consuletur“.

Zwar will Haſſe a. a. O. S. 619 fgg. 622 fgg. dieſe Verordnung vielmehr ſo verſtehen, daß der Nuntiat in der Regel auch ohne Kaution fortzubauen berechtigt ſein ſoll, wenn der Nuntiant nicht innerhalb dreier Monate ſein jus prohibendi dargethan habe, und daß nach Ablauf dieſer Zeit nur ausnahmsweiſe dann eine Kautionsſtellung verlangt werden könne, wenn die Verzögerung in beſondren Schwierigkeiten des Falls ihren Grund habe. Aber ſo verſtändig und ſachgemäß auch das Reſultat dieſer Auslegung erſcheint, ſo dürfte dieſelbe doch ſchwerlich mit den Worten Juſtinian's in Einklang gebracht werden können, vgl. auch Asverus, die Denuntiation der Römer S. 220 fgg., und auf praktiſche Geltung hat ſie um ſo weniger Anſpruch, da unſre oben angedeutete Auslegung auch den klaren Buchſtaben des kanoniſchen Rechts für ſich hat, vgl. cap. ult. X. de novi op. nunt. (5, 32):

Gregor IX. „Is, cui opus novum te nuntiasse proponis, *non obstante cautione*, quae offertur ab ipso de opere destruendo, si non jure aedificatum existat, *tenetur te per trium mensium spatium exspectare*, juris tui praejudicium probare volentem“,

vgl. auch cap. 3. eod. (Ueber die zum Theil ſehr abweichenden Anſichten der Neueren vgl. Rudorff S. 150 fg., Schmidt, Jahrb. S. 222 fgg., *Polis* p. 83 sqq., Stölzel S. 314 fgg., Heſſe, Einſpruchsr. S. 156 fgg., Karlowa S. 81). — Wir haben bisher von der Kaution geredet, welche dann Platz greift, wenn die op. novi nuntiatio im Privatintereſſe des Nuntianten vorgenommen

iſt. Geſchah dieſelbe aber publici juris tuendi gratia, ſo kommt keine satisdatio, ſondern eine bloſe *repromissio* von Seiten des Nuntiaten vor, l. 8. §. 3. h. t., l. 1. §. 6. de stipul. praet. (46, 5), aber dieſe repromissio gewährt auch nicht das Recht, fortzubauen, l. 7. §. 14. de pact. (2, 14), und das dem Kaventen ſonſt zuſtehende prohibitoriſche Interdikt fällt hier hinweg, l. 20. §. 13. h. t.:

> *Ulp.* „Si satisdatum non est, sed repromissum, interdicto huic locus non erit; neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam appareat, quo jure quis aedificet".

Der Nuntiat iſt hier vielmehr zu einer ſolchen repromissio verpflichtet, um in jedem Falle den Nuntianten für den Fall, daß doch etwa fortgebaut werden ſollte, wegen der Demolirungs-Koſten ſicher zu ſtellen, vgl. auch Haſſe a. a. O. S. 623 fgg., *Polis* cit. p. 86 sqq., Stölzel S. 158 fgg.; ſ. auch Schmidt, Zeitſchr. S. 41 fgg.

IV. Wenn durch remissio oder satisdatio der Bann, welcher durch die Nuntiatio dem Werke aufgelegt war, gelöſt iſt, ſo kann der Nuntiat nun ungehindert das Werk fortſetzen, — aber freilich ohne Nachtheil doch nur dann, wenn er auch wirklich ein jus aedificandi hat, l. 8. §. 4. h. t.:

> *Paul.* „Sciendum est, facta operis novi nuntiatione, cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat; *tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedificabit*".

Es bleiben nämlich, ungeachtet der remissio oder satisdatio, dem Nuntianten ſeine legitimae actiones, namentlich die actio confessoria oder negatoria, ſtets reſervirt, l. 19. h. t:

> *Paul.* „Sciendum est, denegata exsecutione operis novi [d. h. wenn der O. N. N. keine Folge gegeben wird, wenn alſo die Kraft der nuntiatio durch remissio oder satisdatio aufgehoben iſt, vgl. l. 5. pr., l. 7. h. t., l. 7. §. 14. de pactis; ganz mißverſtanden ſind dieſe Worte von Wiederhold a. a. O. S. 114 fgg.], nihilominus *integras legitimas actiones manere*, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi nuntiationem Praetor denegat",

und der Nutzen, welchen die remissio oder satisdatio dem Nuntiaten bringen, beſteht alſo nur darin, daß jetzt der Nuntiant zu der Klägerrolle gedrängt iſt, und folglich auch den Beweis des von ihm behaupteten jus prohibendi übernehmen muß. Dies drücken unſre Geſetze ſo aus:

> *„In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus"*,

l. 1. §. 6, l. 5. §. 10. h. t., ein Satz, der alſo nicht die von den meiſten älteren Juriſten angenommene Bedeutung hat, daß durch O. N. N. der juriſtiſche Beſitz auf den Nuntiaten übergehe, ſondern der nur ſagen will, daß der Nuntiant durch Vornahme der Nuntiatio auf alle, ihm etwa ohnedies zuſtehenden, poſſeſſoriſchen Rechtsmittel verzichte, und in dem zu erhebenden petitoriſchen Rechtsſtreite die Klägerrolle übernehmen müſſe, vgl. auch Synops. Basil LVIII. 10. fr. 1:

> „*Ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐναγων*" (qui nuntiat, fit actor),

Wiederhold a. a. O. S. 91 fgg., Haſſe a. a. O. S. 612 fgg., Francke im ziv. Arch. XXII. S. 376 fgg., Schmidt (von Schwerin) in der Gieß. Zeitſchr. N. F. I. S. 371 fgg., Schmidt (von Ilm.), Zeitſchr. S. 31, Heimbach a. a. O. S. 594 fgg., *Polis* cit. p. 69 sqq., Rudorff S. 129, Stölzel S. 257 fgg., Baron S. 484 fgg. Da ſich hiernach der Nuntiant durch die Vornahme der nuntiatio in die Lage ſetzt, ſein Recht klageweiſe verfolgen zu müſſen: ſo warnt Ulpian mit Recht denjenigen, welcher der Sachlage nach die vortheilhaftere Beklagten-Rolle in Anſpruch nehmen könnte, vor Anwendung der O. N. N., l. 5. §. 10. h. t.:

„Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem vel per manum, i. e. lapilli jactum prohibere, quam operis novi nuntiatione; ceterum op. novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum Quod vi aut clam, aut Uti possidetis uti".

4) Von der Prohibition und dem interdictum Quod vi aut clam. §. 677.

Dig. XLIII. 24. quod vi aut clam. — Unterholzner II. S. 179 fgg. — G. Haſſe im Rhein. Muſ. für Jurispr. IV. 1, Francke im ziv. Arch. XXII. 14, Schmidt (v. Schwerin) in der Gießer Zeitſchr. N. F. I. 6, Heimbach in Weiſke's Rechtslex. V. S. 607 fgg., Heſſe, die Rechtsverhältniſſe der Grundſtücksnachbarn II. S. 62 fgg., Derſ., das Einſpruchsrecht gegen Bauunternehmer S. 1 fgg., Stölzel, die Lehre von der op. novi nunc. und dem interd. quod vi aut clam. S. 341 fgg., Limacher, über das interd. quod vi aut clam. Zürich 1865. Vgl. auch *Mayer*, de interdicto quod vi aut clam observationes. Lips. 1838, Schäffer im prakt. Archiv I. S. 2 fgg. II. S. 16 fgg., Kompe ebendaſ. II. S. 479 fgg., Zimmermann im zivil. Arch. XXXVII. S. 230 fgg. und XLI. S. 182 fgg., Baron in der krit. V.J.S. VII. S. 489 fgg., Karlowa, Beiträge zur Geſch. des röm. Zivilproz. S. 89 fgg., Duhn im ziv. Arch. XLVIII. S. 43 fgg., Stölzel in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 139 fgg.

Anm. Mit der op. novi nuntiatio und dem daraus hervorgehenden reſtitutoriſchen Interdikte iſt die *prohibitio* und das dadurch begründete *interdictum Quod vi* nahe verwandt. Wenn nämlich eine Veränderung mit einem

Grundstücke vorgenommen werden soll, und ein dadurch Beeinträchtigter dieselbe ernstlich verboten hat (prohibitio), so wird, wenn diesem Verbote zum Trotz der Prohibitus dennoch diese Veränderung bewerkstelligt hat, das interdictum Quod vi begründet, vermittelst dessen ohne Weiteres die Wiederherstellung des zur Zeit des Verbots bestandenen Zustandes verlangt werden kann.

I. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß diese Prohibitio nicht nur dieselben wesentlichen Vortheile, wie die Nuntiatio bietet, sondern in mehrfachen Beziehungen noch umfassender und vortheilhafter ist. So ist:

1) der Begriff des opus, gegen welches die Prohibitio mit Wirksamkeit gerichtet werden kann, weiter zu bestimmen, als bei der op. novi nuntiatio. Allerdings gehören zwar auch hierher nur opera *in solo* facta, l. 1. §. 4, l. 7. §. 5, l. 20. §. 4. h. t., aber nicht blos Bauwerke, sondern alle an einem Grundstück vorgenommenen nachtheiligen Veränderungen, so daß dahin z. B. auch gezählt wird das Abhauen oder Abschneiden von Bäumen, Weinstöcken oder Gesträuchen, l. 7. §. 5, l. 13. pr. §. 3. 4. 7. h. t., l. 11. arbor. furtim caesar. (47, 7), ungehörige Mischung des Bodens mit Dünger, l. 7. §. 6. h. t., Verunreinigung von Brunnen, l. 11. pr. h. t., Umpflügen, l. 22. §. 1. h. t., ul bgl. m. Wird dagegen die Veränderung nicht an dem Grundstück, sondern nur auf demselben vorgenommen, so findet das Interdikt nicht Statt, und so kann es z. B. wegen abgebrochener Früchte, Blumen u. bgl. nicht gebraucht werden, l. 7. §. 5. h. t.

2) Das Recht zu prohibiren und folgeweise das interdictum Quod vi steht nicht blos dem Eigenthümer des beeinträchtigten Grundstücks und demjenigen, der eine utilis vindicatio hat, zu, sondern einem jeden Interessenten, l. 11. §. ult. h. t.

> *Ulp.* „Idem Julianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere“,

vgl. auch l. 11. §. 1. 10. 12, l. 13. §. 3. h. t. Demnach kann denn auch der Usufruktuar, und zwar nicht blos procuratorio nomine, sondern selbstständig, und also auch dem Proprietar selbst gegenüber prohibiren, l. 12, l. 13. pr. h. t., und auch Miteigenthümer können gegeneinander von diesem Rechte Gebrauch machen, l. 13. §. 3. h. t., ja selbst Pächter, und solche, welche *precario* das Grundstück inne haben, sind davon nicht ausgeschlossen, l. 11. §. 12, l. 12. h. t. Immer wird aber doch ein gegenwärtiges Interesse verlangt, und so kann also z. B. der Käufer, wenn das opus zwar nach dem Verkaufe, aber vor der Tradition, errichtet wurde, das Interdikt nicht gebrauchen, obwohl er allerdings mit der actio emti die Zession desselben verlangen kann, l. 11. §. 9—13. h. t., l. 13. §. 12. de A. E. V. (19, 1); vgl. überhaupt Stölzel S. 387 fgg. Daß der Kläger zur Zeit der Klageanstellung noch besitze, ist nicht erforderlich, l. 16. pr. h. t., und so kann z. B. wenn nach Errichtung des opus das beeinträchtigte Grundstück verkauft und tradirt wurde, dennoch der Verkäufer das Interdikt gebrauchen, und in diesem Falle ist er begreiflich auch nicht zur Zession verpflichtet, l. 11. §. 8. h. t. Vgl. auch *Mayer* l. c. obs. IV. p. 20 sqq., Archiv für prakt. Rechtsw. III. S. 142 fgg., Stölzel S. 395 fgg.

3) Beſondre Formen kommen für die Prohibitio nicht vor. Sie iſt überall dann vorhanden, wenn der Intereſſent in irgend einer Weiſe ſich dem opus ernſtlich widerſetzt hat, ſei dies, daß er thatſächlichen Widerſtand geleiſtet, oder daß er ſein Verbot durch ſymboliſche Handlungen oder wörtliche Erklärung ausgeſprochen hat, l. 20. §. 1. h. t.:

Paul. „Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia“,

l. 1. §. 5 sqq. h. t., l. 73. §. 3. de R. J., und als ſymboliſche Handlung für dieſe Prohibitio kommt namentlich der *lapilli jactus* vor, vgl. außer l. 20. §. 1. cit. auch die l. 1. §. 6. h. t., l. 6. §. 1. si servit. vindic. (8, 5), l. 5. §. 10. de op. nov. nunt. (39, 1), Stölzel S. 345 fgg. Natürlich enthält alſo auch die op. novi nuntiatio ein ſolches Verbot, und es verſteht ſich alſo von ſelbſt, daß mit dem interd. demolitorium ex op. nov. nuntiatione das interdictum Quod vi elektiv konkurrirt, l. 7. §. 2. h. t. Ob man die Prohibitio in eigner Perſon oder durch Stellvertreter vornimmt, iſt ganz gleichgiltig, l. 3. pr., l. 17. h. t., und ſelbſt durch einen Sklaven kann ſie wirkſam geſchehen, l. 3. pr. h. t., was bei der op. novi nuntiatio nicht der Fall iſt, ſ. oben S. 532, und da die Prohibitio nicht in rem fit, ſondern in personam, ſo braucht ſie auch begreiflich nicht in unmittelbarer Nähe des novum opus vorgenommen zu werden. — Wenn Zimmermann a. d. aa. OO. behauptet, daß die prohibitio eigentlich nur dann das interd. quod vi hervorbringen könne, wenn der Unternehmer des Werkes dem nachherigen Prohibenten von dem vorzunehmenden Werke Anzeige gemacht, und damit ſelbſt das mögliche Intereſſe dieſes Andren anerkannt habe, und daß man erſt ſpäter der prohibitio auch ohne ſolche vorgängige Anzeige Wirkſamkeit beigelegt habe, aber doch immer nur dann, wenn ſolche Umſtände vorlägen, welche den Unternehmer des opus ein Verbot mit Sicherheit hätten erwarten laſſen müſſen: ſo iſt dieſes gewiß grundlos, indem faſt alle dafür angeführten Stellen augenſcheinlich gar nicht von dem interd. Quod vi, ſondern von dem interd. Quod clam reden, und die in ihnen erwähnte denuntiatio nur die Bedeutung hat, von dem Unternehmen den Vorwurf der Klandeſtinität abzuwenden; ſ. das Ende dieſer Anm.

4) Für die Prohibitio gilt derſelbe wichtige Satz, wie für die Nuntiatio, daß nämlich das dadurch begründete Interdikt ohne Weiteres ſtatthaft iſt, ſobald das Verbot nicht beachtet und alſo ein opus vi factum vorhanden iſt. Ob der, welcher das opus errichtete, ein Recht dazu hat oder nicht, bleibt dabei außer aller Berückſichtigung, l. 1. §. 2. 3. h. t.:

Ulp. „Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. (§. 3). Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit objicere: *quod non jure meo receperim* [Vulg.: fecerim]. Et magis est, ne possit; nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest“.

Von ſelbſt verſteht es ſich übrigens, daß der Kläger hierbei, eben ſo, wie im

Falle einer op. novi nuntiatio (s. oben S. 536) beweisen muß, daß er in dem zur Vornahme einer prohibitio berechtigenden Verhältniß zu dem beeinträchtigten Grundstück (s. Nr. 2) stehe, und wenn also der Prohibitus sicher ist, daß es an einem solchen fehlt, so kann er ohne Gefahr die Prohibition unbeachtet lassen.

5) Wir haben früher gesehen, daß die Nuntiatio durch den Tod des Nuntianten und durch Veräußerung des beeinträchtigten Grundstücks ihre Kraft verliert, s. oben S. 534, und es entsteht die Frage, ob dasselbe auch für die Prohibitio angenommen werden müsse? Hasse a. a. O. S. 20. bejaht dies aus allgemeinen Gründen. Für den Fall des Todes ist dieses entschieden irrig, indem in l. 13. §. 5. fin. h. t. dem Universal-Successor das Interdikt eingeräumt wird, „sive antequam successerit, *sive postea aliquid sit vi aut clam admissum*“, also namentlich in dem Falle, wenn zwar die Prohibitio von dem Erblasser selbst, oder, was einerlei ist, von der hereditas jacens ausgegangen, das opus aber erst nach der Erbschaftsantretung errichtet ist. Sehr wahrscheinlich ist mir aber, daß selbst ein Singular-Successor auf den Grund einer, von seinem Auktor ausgegangenen Prohibitio das Interdikt gebrauchen kann, und zwar dürfte dies ziemlich deutlich aus l. 11. §. 9. h. t. hervorgehen:

> *Ulp.* „Plane si post venditionem fundi opus factum est, *etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est*, tamen ex emto actione emtori tenebitur“,

denn wenn hier gesagt ist, der Verkäufer dürfe hier darum noch selbst das Interdikt gebrauchen, weil noch keine Tradition erfolgt sei, so liegt doch der Gedanke nahe, daß nach erfolgter Uebertragung der Käufer zur Anstellung berechtigt sei; sicher ist dieser Schluß freilich nicht, und so bleibt dieser Punkt allerdings zweifelhaft, vgl. auch Hesse, Einspruchsr. S. 38.

6) Während bei der Nuntiatio der Grundsatz gilt, daß der Nuntiat zum possessor wird, und der Nuntiant also die Klägerrolle übernehmen, und sein jus prohibendi darthun muß, s. oben S. 540 fgg., so verhält sich dies bei der Prohibitio gerade umgekehrt, l. 5. §. 10. de op. novi nunt. (39, 1). Nicht der Prohibirende hat also als Kläger aufzutreten, sondern der Prohibitus muß die Klägerrolle übernehmen, und durch einen von ihm einzuleitenden Rechtsstreit die Wirkung der Prohibitio aufzuheben versuchen. Doch kann er dies allerdings dadurch von sich abwenden, daß er sich zu einer *cautio* [judicio sisti] versteht, indem dadurch die Kraft der Prohibitio gebrochen und der Prohibent zur Klaganstellung gedrängt wird, l. 3. §. 5. h. t.:

> *Ulp.* „Si quis paratus sit judicio se defendere adversus eos, qui interdicendum putant, ne opus fiat, an videatur desinere vi facere? Et magis est, ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat; et ita Sabinus scribit“;

vgl. auch Stölzel S. 459 fgg., Hesse, Einspruchsr. S. 17 fgg. S. 38 fgg.

II. Auf der andren Seite liegt aber ein unverkennbarer Vorzug der Nuntiatio vor der Prohibitio darin, daß durch die erstre immer dem Werke selbst gleichsam ein Bann aufgelegt wird, und demgemäß das interd. demolitorium selbst dann begründet ist, wenn auch die Fortsetzung der Anlage in völlig gutem Glauben geschah, während sich dies bei der Prohibitio anders verhält. Das

interd. Quod vi ſetzt nämlich nothwendig ein Delikt, ein opus *vi* factum voraus, und es iſt demnach völlig unanwendbar, wenn das opus von Jemanden errichtet worden iſt, welchem das Verbot unbekannt geblieben war, l. 20. §. 3. h. t.:

> *Paul.* „Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem, fecerit, dicendum esse Pomponius ait, non incidere eum in interdictum".

Iſt aber dieſe Vorausſetzung einmal begründet, iſt alſo ein opus vi factum vorhanden, ſo kann doch nicht blos gegen den Thäter, ſondern allerdings auch gegen den unſchuldigen Beſitzer die Klage erhoben werden, l. 15. pr. h. t., denn das Edikt lautete ja: quod vi aut clam *factum est*, nicht aber: quod vi aut clam *fecisti*, vgl. l. 1. pr., l. 5. §. 13. h. t. Doch ſind freilich die Leiſtungen, die in dem einen oder dem andren Falle von dem Verklagten gefordert werden können, ſehr verſchieden, wie dies Paulus kurz und treffend in l. 16. §. 2. h. t. andeutet:

> „In summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis; qui fecit, nec possidet, impensam; qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet",

vgl. l. 7. pr. §. 1, l. 13. §. 7, l. 14, l. 15. §. 1. h. t., l. 4. §. 2, l. 13. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3). Doch iſt noch zu bemerken, daß der Thäter außer den Reſtitutions-Koſten auch noch alles ſonſtige Intereſſe vergüten muß, l. 11. §. 4, l. 15. §. 7 sqq., l. 21. §. 3. h. t., und daß mehrere Thäter in solidum verhaftet ſind, l. 6, l. 15. §. 2. h. t., vgl. Ribbentrop, Korreal-Obl. S., 95 fgg., Schmidt, Interdikten-Verfahren S. 200 fgg. Gegen die Erben des Thäters kann die Klage bis zum Belauf der Bereicherung angeſtellt werden, l. 15. §. 3. h. t. — Außer dem bisher hier beſprochenen Vorzug des interd. ex op. novi nuntiatione vor dem interd. Quod vi iſt übrigens auch noch der andre bemerkenswerth, daß das letztre ſchon nach Ablauf eines Jahrs, von Beendigung des Werks an, wegfällt, obwohl doch aus beſonders trifftigen Gründen auch noch nach dieſer Zeit die Klage zugelaſſen wird, l. 15. §. 3—6. h. t. Unzweifelhaft war dieſe Jahresfriſt auch ſpeziell in dem Edikte ausgedrückt, und die auf uns gekommene Ueberlieferung deſſelben in l. 1. pr. h. t.:

> „Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas"

iſt augenſcheinlich fehlerhaft, da die Worte: cum exper. potestas est ſich nur auf eine vorher angegebene Verjährungszeit beziehen können; ob man aber mit Schmidt, Interd. Verf. S. 102 fgg. und krit. V.J.S. VII. S. 289 fgg. Not. dadurch helfen will, daß man hinter id die Worte: si non plus quam annus est, als durch Zufall ausgefallen, einſchaltet, oder mit Stölzel in der deutſchen Gerichtszeitung Jahrg. V. (1863) Nr. 48. S. 193 fgg., op. nov. nunc. S. 355 fgg. und Zeitſchr. für Rechtsg. V. S. 475 fg. dadurch, daß man Statt id lieſ't: *intra annum* (indem aus der Sigle: ia = intra annum die falſche Leſart id leicht habe entſtehen können), mag hier dahin geſtellt bleiben, indem ſich für die eine wie die andre Remedur gute Gründe anführen laſſen.

III. Betrachten wir die bisher angedeuteten Grundſätze über das interd. Quod vi etwas genauer, ſo treten uns insbeſondre zwei Bedenklichkeiten entgegen.

Sehr auffallend muß uns nämlich erſtens die dadurch herbeigeführte ſo überaus große Beſchränkung des Eigenthumsrechts erſcheinen. Der Eigenthümer, welcher auf ſeinem eigenen Grund und Boden eine beliebige Veränderung vornimmt, ſoll dem, vielleicht ganz unveranlaßten und rechtloſen Verbote eines Dritten gehorchen, und mit ſeinem Werke einhalten müſſen, bis er in einem Rechtsſtreite den Prohibirenden beſiegt habe! Während ſelbſt durch die förmliche, ſo mannigfach beſchränkte op. novi nuntiatio doch nur die Wirkung herbeigeführt wird, daß zwar allerdings der Nuntiat vorläufig den Fortbau ſiſtiren, dagegen aber der Nuntiant als Kläger auftreten muß, ſoll die formloſe Prohibition die viel umfaſſendere Wirkung haben, den Prohibitus nicht nur vorläufig zu binden, ſondern ihm auch noch überdies die Klägerrolle aufzuzwingen. Das zweite Bedenken betrifft das Verhältniß der Prohibitio und der Nuntiatio zu einander. Da nämlich in allen Fällen, in denen die Nuntiatio anwendbar iſt, auch die Prohibitio Platz greifen kann — wie ſchon daraus hervorgeht, daß allgemein auch aus der Nuntiatio das interdictum Quod vi begründet iſt, l. 7. §. 2. h. t. —, die letztre aber weit überwiegende Vortheile vor der erſtren darbietet, ſo ſcheint es nicht wohl erklärlich zu ſein, daß nur überhaupt praktiſch noch von der Nuntiatio bei den Römern die Rede ſein konnte. Die wenigen, vorher bei II. bemerkten Vorzüge der Nuntiatio vor der Prohibitio reichen dazu offenbar nicht aus, und in keinem Falle wird dadurch der Ausſpruch Ulpians in l. 5. §. 10. h. t. erklärt, wornach in manchen Fällen die Nuntiatio ſogar nothwendig ſein ſoll. — Um dieſe Bedenklichkeiten zu beſeitigen, haben mehrere neuere Juriſten, namentlich Wiederhold, die O. N. N. S. 73 fgg., und beſonders Francke in der angef. Abh. den neuen Weg eingeſchlagen, daß ſie einen weſentlichen Unterſchied zwiſchen den beiden Fällen annehmen, ob Jemand eine Veränderung auf einem fremden Grunde und Boden vornehme, oder ob er die Anlage auf eignem Grundſtücke mache. Im erſtren Falle ſei die in dem Obigen angedeutete Theorie des interd. Quod vi völlig begründet; im zweiten Falle aber, wenn Jemand auf ſeinem eigenen Grundſtücke eine Veränderung vornehme, brauche er ſich um die bloſe Prohibitio eines dritten Intereſſenten nur dann zu bekümmern, wenn derſelbe auch wirklich ein jus prohibendi habe, und es finde alſo in dieſem Falle das interd. Quod vi nur dann Statt, wenn der Kläger damit zugleich auch den vollen Beweis ſeines Verbietungsrechts verbinde. Es leuchtet von ſelbſt ein, daß durch die Annahme dieſer Unterſcheidung das erſte oben berührte Bedenken vollkommen gehoben erſcheint, und eben ſo würde ſich darnach auch das gegenſeitige Verhältniß der Prohibitio und der Nuntiatio in ſehr genügender Weiſe beſtimmen laſſen, indem ſich dann Alles auf den einfachen Satz zurückführen laſſen würde, daß die Prohibition und das daraus hervorgehende interd. Quod vi eigentliche Bedeutung nur dann hätten, wenn Jemand eine Veränderung an fremdem Grundſtücke vornehme, während die eigentliche Sphäre der op. novi nuntiatio die ſei, wenn Jemand auf ſeinem eigenen Grund und Boden ein uns benachtheiligendes opus errichte. Ueberdies ſcheint aber auch nur durch jene Unterſcheidung die oben S. 541. abgedruckte l. 5. §. 10. de O. N. N. in genügender Weiſe erklärt werden zu können, denn dort heißt es ja geradezu: wenn Jemand auf unſrem Grundſtück ein opus zu

errichten beginne, so würden wir wohl thun, zu prohibiren und nicht zu nuntiiren, wenn Jemand aber auf seinem eigenen Grund und Boden eine uns beeinträchtigende Veränderung vornehme, dann sei die Nuntiatio nöthig (*„at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria“*). Mit der herrschenden Lehre, welche jene Unterscheidung nicht kennt, scheint sich dieser Ausspruch Ulpian's schlechthin nicht vereinigen zu lassen, und namentlich sieht sich dadurch Hasse a. a. O. S. 42 fgg. zu einer Interpretation gedrängt, welche nicht blos, wie er selbst zugibt, sehr gezwungen ist, sondern die ich geradezu für eine unmögliche halten muß. Es sollen nämlich die Worte „op. novi denuntiatio“ nicht von dem Rechtsmittel der op. novi nuntiatio, sondern von der Anzeige verstanden werden, welche derjenige, welcher einen Neubau unternehme, den dabei Interessirten machen müsse, um dem Vorwurfe der Heimlichkeit und dem interdictum Quod clam zu entgehen!! vgl. dagegen auch Francke a. a. O. S. 381 fgg. — So ansprechend nun hiernach auch die neue Theorie erscheint, und so sehr sie geeignet ist, wesentliche Schwierigkeiten zu beseitigen, so wenig dürfte sich dieselbe doch mit unsren Quellen in befriedigenden Einklang bringen lassen. Ganz allgemein heißt es, ein opus sei dann *vi* factum, „si quis contra, quam prohiberetur, fecerit“, l. 1. §. 5. h. t.; ganz allgemein edizirt ferner der Prätor: „Quod vi — — factum est, qua de re agitur, — — — — restituas“, l. 1. pr. h. t., und eben so allgemein wird endlich von dem interd. Quod vi gesagt, daß dabei das jus faciendi außer allem Betracht bleibe, l. 1. §. 2. 3. h. t. In allen diesen Ausprüchen die von Wiederhold und Francke gemachte Unterscheidung subintelligiren zu wollen, ist mehr als bedenklich, und gewiß mit Recht hat sich daher neuerlich Schmidt in der angef. Abh. gegen diese neuen Ansichten erklärt. In der That sind dieselben auch zur Beseitigung der oben angedeuteten Bedenklichkeiten gar nicht nothwendig, wenn man nur erwägt, daß die Prohibitio eine sehr natürliche Beschränkung ihrer Anwendbarkeit in dem einfachen Satze des römischen Rechts findet, daß in jeder Prohibitio ein Besitzakt des Prohibirenden liegt, und dagegen also, sofern dadurch ein Eingriff in fremden Besitz gemacht wird, das interd. Uti possidetis als völlig statthaft erscheint, l. 3. §. 2. uti possidetis (43, 17):

> *Ulp.* „Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione“,

vgl. §. 3. 4. fin. eod., l. 8. §. 5. si serv. vind. (8, 5), l. 52. §. 1. de acqu. poss. (41, 2), l. 11. de vi (43, 16). Kommt nun also eine Prohibitio unter solchen Umständen vor, daß darin eine Besitzstörung liegt, so würde dieselbe zwar allerdings für den Augenblick inhibirende Kraft haben, und wenn der Prohibitus so unverständig wäre, Trotz derselben sein opus fortzusetzen, so würde er allerdings ohne Weiteres dem interd. Quod vi ausgesetzt sein; aber dieser kleine, und nur unter Voraussetzung eines unbesonnenen Gegners erreichbare Vortheil würde weit überwogen durch die großen Nachtheile, die daraus für den Prohibirenden hervorgehen, denn der Prohibitus wird, will er besonnen handeln, sein opus eine kurze Zeit ruhen lassen, und alsbald mit dem interd. Uti possidetis

gegen den Prohibirenden auftreten, und in Folge davon muß derselbe alsbald verurtheilt, und seine Prohibitio für unwirksam erklärt werden, ohne daß nur irgend über sein *jus prohibendi* dabei verhandelt würde. Gerade darin, daß man dieses Letztere gewöhnlich übersah, und von der irrigen Meinung ausging, der Prohibitus müsse stets, um die Wirkung der Prohibitio aufzuheben, als Kläger in einem petitorischen Rechtsstreit sein Recht zur Errichtung des opus beweisen, dürfte der wesentliche Grund zur Entstehung der neuen Theorie liegen; denn hält man fest, daß der Prohibitus stets, sobald die Prohibitio sich als Besitzeingriff herausstellt, durch das interd. Uti possidetis nicht nur alsbaldige Aufhebung des Verbots, sondern auch eine Kondemnirung des Prohibirenden herbeiführen kann, so beseitigen sich nicht blos auf das Einfachste die beiden oben berührten Bedenken, sondern es erklärt sich auch die l. 5. §. 10. de op. novi nunt. völlig genügend, ohne daß wir zu einer Theorie unsre Zuflucht nehmen müßten, die in den Quellen so gar keinen hinlänglichen Stützpunkt findet. Der richtigen Ansicht nach ist nämlich zwischen der Nuntiatio und der Prohibitio der wesentliche Unterschied, daß die Nuntiatio niemals einen Besitzeingriff involvirt, so wenig, daß der Nuntiant dadurch vielmehr auf alle ihm etwa zustehenden Besitzrechtsmittel verzichtet, während umgekehrt die Prohibitio immer einen Besitzakt in sich schließt, und der Prohibirende also dadurch thatsächlich seinen Willen, zu besitzen, ausspricht. Mit wahrem nachhaltigem Vortheile kann demnach von der Prohibitio nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Prohibirende sicher ist, in dem durch die Prohibitio veranlaßten Besitzprozeß nicht zu unterliegen, sei es, daß er selbst wirklich Besitzer ist — einerlei ob corporis oder juris possessor —, oder sei es, daß doch wenigstens der Prohibitus nicht Besitzer ist: und wenn diese Voraussetzungen fehlen, so darf man, wenn man sich nicht in Nachtheil bringen will, nicht zur Prohibitio schreiten, sondern muß zur Nuntiatio seine Zuflucht nehmen. Dieses ist es, was Ulpian in l. 5. §. 10. cit. kurz und bezeichnend ausdrückt:

> *„At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria“.*

Vgl. überhaupt Schmidt a. a. O. Ob man noch einen Schritt weiter gehen und annehmen dürfe, daß der prohibirte Besitzer nicht blos das Recht habe, durch das interd. Uti possidetis die Prohibitio alsbald unwirksam zu machen, sondern daß ihm auch gestattet sein müsse, dieselbe ganz unbeachtet zu lassen (prohibitionem contemnere), m. a. W. daß der mit dem interd. quod vi Beklagte demselben mit Erfolg die Einrede entgegen setzen dürfe: er sei Besitzer — und dies ist der Hauptpunkt, in welchem die Theorie von Stölzel S. 415 fgg. sich von unsren obigen Ausführungen unterscheidet —: ist mir sehr unwahrscheinlich. Daß das Hereinziehen einer solchen Verhandlung über den Besitz den praktischen Nutzen des Interdikts ohne alle Noth in hohem Grade vermindern würde, leuchtet von selbst ein, und die oben angeführten allgemeinen Aussprüche der Quellen über die Voraussetzungen desselben sprechen gar sehr gegen die Annahme einer solchen Beschränkung. Die speziellen von Stölzel S. 421 fgg. angeführten Stellen sind m. E. ohne erhebliche Beweiskraft, und namentlich ist dies mit der l. 7. §. 2. h. t. der Fall, welche Stölzel als „bestimmtes Quellen-

zeugniß" für seine Lehre anführt; dort wird nämlich nur der sehr natürliche Satz ausgesprochen, daß dann, wenn eine op. novi nuntiatio durch satisdatio und remissio unwirksam gemacht sei, der Nuntiat Trotz der mißachteten prohibitio auch dem interd. quod vi nicht unterliege, und wenn nun Ulpian den Grund zufügt, „*quod possessor hoc ipso constituatur*", so kann doch daraus gewiß nicht gefolgert werden, daß jeder Besitzer ungestraft eine prohibitio mißachten könne. Kein größeres Gewicht ist auch m. E. auf die von Windscheid a. a. O. Anm. 9. besonders betonte l. 1. §. 8. de rivis (43, 21) zu legen, denn daraus, daß derjenige, welchem ein interd. de rivis oder de cloacis, vgl. l. 1. §. 13. de cloac. (43, 23), zur Seite steht, eine etwaige op. novi nuntiatio, und also gewiß auch eine prohibitio, unbeachtet lassen kann, folgt doch schwerlich, daß dasselbe auch bei demjenigen der Fall ist, welcher mit dem interd. Uti possidetis den Sieg davon tragen kann.

IV. Wir haben bisher von dem interdictum *Quod vi* geredet. Ganz dieselben Grundsätze treten aber auch ein, wenn ein opus *clam* factum vorhanden ist, denn das Edikt des Prätor lautet:

„Quod vi *aut clam* factum est, — — — restituas".

Es ist aber ein opus clam factum dann vorhanden, wenn Jemand, während er die Prohibitio eines Andren erwartete, oder doch hätte erwarten müssen, die Veränderung vorgenommen hat, ohne dem dabei Betheiligten Anzeige davon gemacht zu haben, l. 3. §. 7. h. t.:

Ulp. „Clam facere videri, Cassius scribit, eum, qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam, aut debuit timere",

l. 3. §. 8, l. 4, l. 5. pr. §. 1—7, l. 18. §. 1. h. t., l. 73. §. 2. de R. J. Soll aber durch eine solche Anzeige der Vorwurf der Heimlichkeit abgewendet werden, so darf dieselbe nicht ganz vag sein, sondern es muß dabei die Art des Werks, Zeit und Ort der Errichtung u. dgl. angegeben, l. 5. §. 2. h. t., und es muß auch bald nach der Anzeige das Werk wirklich errichtet werden, l. ult. §. ult. h. t. — Das versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn auch das Edikt lautete: quod vi *aut* clam factum est, das Interdikt doch auch unbedenklich dann Anwendung findet, wenn Gewalt und Heimlichkeit bei demselben zusammentreffen, l. 11. §. 5. h. t., l. 4. §. 1. C. de V. S. (6, 38).

5) Von der damni infecti cautio. §. 678.

Dig. XXXIX. 2. de damno infecto et de sugrundis et protectionibus. Unterholzner II. S. 714 fgg., Koch III. S. 95 fgg. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XV. c. 47, *Westphal*, de libert. et servitutib. praedior. cap. 12. §. 202 sqq., Hesse, die cautio damni infecti. Leipz. 1838. (Umarbeitung einer lateinischen Preisschrift: de cautione damni infecti ex jure Rom. Jen. 1837), Groh, über die Kaution wegen zukünftigen Schadens. München

1854, Heſſe, über die Rechtsverhältniſſe der Grundſtücks-Nachbarn. Eiſenb. 1859. S. 1 fgg.; ſ. auch Reinhard im ziv. Arch. XXX. S. 216 fgg., Schäffer im prakt. Arch. II. S. 272 fgg. Ueber das Geſchichtliche vgl. auch *Huschke*, de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant. Vratisl. 1832. (deutſch bearbeitet als Zugabe zu deſſen Schrift über »Gaius«. Leipzig 1855. S. 203 fgg.).

1) *Gai.* l. 2. h. t.: Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.

2) *Ulp.* l. 7. pr. §. 1. h. t.: Praetor ait: *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo ei, qui juraverit non calumniae causa id se postulare, eumve cujus nomine aget, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fiet, in annos decem satisdari jubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur, postulabitur, ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Ejus rei nomine, in cujus possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse jubebo.* (§. 1.) Hoc Edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aequiliae actione et aliis; de damno vero facto nihil Edicto cavetur; quum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim quum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare.

Anm. Bei der damni infecti cautio müſſen zwei Hauptfälle unterſchieden werden. Zunächſt nämlich kommt es ſehr oft vor, daß Jemand, ſei es in Folge einer ihm zuſtehenden Servitut oder aus einem andren Rechtsgrunde, auf unſrem Grunde und Boden etwas vornehmen darf, z. B. Wege, Kanäle

u. dgl. ausbessern, etwas durch Zufall dahin Gekommenes wegschaffen, u. dgl. m., und hier gilt im Allgemeinen die Regel, daß ihm dieses nicht anders gestattet wird, als bis er die damni infecti cautio gestellt hat, vgl. l. 5. §. 4, l. 9. §. 1, l. 15. ad exhib. (10, 9), l. 19. §. 4. loc. cond. (19, 2), l. 9. §. 1. 2. 3, l. 30. h. t., l. 3. §. 11, l. 5. §. 4. de itin. actuque priv. (43, 19), l. 1. §. 38. de aqua quotid. (43, 20), l 3. §. 9. de rivis (43, 21), l. 1. pr. §. 12. 14. de cloac. (43, 23). Hier erscheint also die Bestellung jener Kaution als die Bedingung für die Ausübung jener Rechte, und besondrer Zwangsmittel bedarf es offenbar nicht, indem es vollkommen hinreicht, daß die Ausübung jenes Rechts versagt, und namentlich die, gerade für solche Fälle sehr gewöhnlichen prohibitorischen Interdikte so lange verweigert werden, bis die Kaution gestellt ist, legg. citt. Ueberdies kann aber auch der Eigenthümer, um die Stellung dieser Kaution zu erzwingen, sich der Prohibitio bedienen, l. 3. §. 6. quod vi aut clam (43, 24), und dann in Folge davon das interdictum Quod vi aut clam gebrauchen. — Es gibt aber auch noch einen zweiten Hauptfall für die damni infecti cautio, wenn nämlich Jemanden durch die schlechte Beschaffenheit eines Grundstücks oder einer darauf errichteten Anlage Schaden droht, und dieser Fall wird den ausschließlichen Gegenstand der folgenden Erörterungen bilden

Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß Niemand verpflichtet ist, für den Schaden einzustehen, der durch seine Sachen angerichtet worden ist. Wie aber dieses Prinzip schon im alten Zivilrechte für belebte Sachen, für Sklaven und Thiere, in der Zulässigkeit von Noxalklagen eine Beschränkung fand, so enthielt auch schon das ältere Recht über den durch die Fehlerhaftigkeit fremder Anlagen veranlaßten Schaden besondre Vorschriften, vgl. l. 5. ne quid in flum. (43, 8), Gai. IV. 31, deren Inhalt wir jedoch mit Sicherheit zu bestimmen nicht im Stande sind, vgl. darüber *Huschke* l. c. p. 10 sqq. (in der deutschen Bearbeitung S. 208 fgg.) und allenfalls Hesse, cautio S. 11 fgg., Rechtsverh. S. 172 fgg. Die Grundlage des neueren römischen Rechts bildet das prätorische Edikt (T. 2), dessen Bestimmungen im Wesentlichen darauf hinausgehen, daß der durch solchen Schaden Bedrohte die Stellung einer Kaution verlangen darf, und ihm zu diesem Zwecke mehrfache Zwangsmittel zur Seite stehen, woraus dann von selbst hervorgeht, daß, wenn er von diesem Rechte Gebrauch zu machen versäumt hat, eine Klage auf Schadensersatz nicht zulässig ist. Im Einzelnen kommt es hierbei auf folgende Hauptgrundsätze an:

I. Die Kaution (über deren Formel Schmidt von Ilm. in der Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 21 fg. zu vergleichen ist) kann gefordert werden wegen eines jeden Schadens, welcher uns durch die schlechte Beschaffenheit eines Nachbar-Grundstücks droht, namentlich *vitio aedium, loci, operis, arborum*, l. 24. pr. §. 2. 9. 12. h. t., vgl. l. 18. ratam rem haberi („cavet, *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur*"). Das vitium *aedium* („aedes ruinosae") und das vitium *arborum* erklären sich von selbst. In Betreff des vitium *loci* ist aber zu bemerken, daß die Kaution nicht etwa schon dann gefordert werden kann, wenn ein Grundstück von Natur so beschaffen ist, daß daraus für die Anlieger Nachtheile entspringen, indem es z. B. von Natur sehr sumpfig oder

fandig iſt, ſondern es wird immer ein „vitium extrinsecus accidens“ erfordert, d. h. das Grundſtück muß die uns gefährdende Eigenſchaft erſt von außen her, ſei es durch Anlage von Menſchenhand oder durch Naturereigniſſe, erlangt haben, l. 24. §. 2. h. t.

> *Ulp.* „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine, quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur“.

Was endlich das vitium *operis* anbelangt, ſo ſind darunter alle auf einem Grundſtücke von Menſchenhand gemachten Anlagen zu verſtehen, z. B. Wetter- und Vordächer (*suggrunda et protectiones*, cf. Rubr. h. t.), Waſſerbauten (opera in flumine ripave ejus, l. 7. pr. h. t.), Düngergruben, l. 7. §. 2. si serv. vindic. (8, 5), Brunnen, l. 24. §. 12. h. t., Waſſer-Röhren oder Rinnen, l. 18. 29. de servit. praed. urb. (8, 2), Backofen, l. 24. §. 7. h. t., l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2) u. dgl. m., und zwar findet die stipulatio operis nomine nicht blos Statt, wenn die Anlage ſchon vollendet iſt, ſondern auch, wenn ſie noch im Entſtehen iſt, in welchem letztren Falle ſie aber doch nicht blos den Schaden begreift, welcher während der Errichtung dadurch herbeigeführt wird, ſondern auch den nachher dadurch begründeten, l. 24. pr. h. t.:

> *Ulp.* „Sed quod dictum est, *operis vitio*, sic accipiendum est, etiamsi proponas, non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat; quid enim, si ideo, quia male aedificatum erat, corruit?“

Wo übrigens die Anlage gemacht wird, auf einem Privat- oder einem öffentlichen Grundſtücke, iſt gleichgiltig, l. 19. §. 1. h. t.:

> *Gai.* „Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Praetor, ut timenti damnum caveatur“,

und nur ſoviel verſteht ſich von ſelbſt, daß in Betreff eines öffentlichen Grundſtücks blos wegen eines vitium operis, und nicht auch wegen eines vitium loci die Kaution gefordert werden darf, l. 15. §. 3, l. 24. pr. h. t. — Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß die Kaution ſelbſt von dem Eigenthümer eines ganz fehlerloſen Gebäudes gefordert werden kann, nämlich dann, wenn daſſelbe an ein baufälliges angrenzt, und zu befürchten iſt, daß durch den Einſturz des ſchadhaften Hauſes auch das fehlerfreie umgeworfen, und dadurch uns ein Schaden zugefügt würde; „quamvis possit quis dicere, non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerunt; sed quum prospicere sibi potuerit [per] damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur“, l. 13. §. 2. h. t.

II. Die Frage, wem ein Recht auf die damni inf. cautio zuſtehe? beantwortet Paulus im Allgemeinen in l. 18. pr. h. t. dahin:

> „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est“,

und demnach iſt denn nicht blos der Eigenthümer der gefährdeten Sache, der

Superficiar, l. 13. §. 8, l. 39. §. 2. h. t., der Usufruktuar, l. 5. §. 2, l. 13. §. 8. (vgl. *Mandrea*, de usufructu parte dominii p. 66 sqq), der Pfandgläubiger, l. 11. h. t., sondern es ist selbst derjenige zur Forderung der Kaution befugt, welcher nur vermöge obligatorischen Anspruchs die Inhabung der Sache hat, l. 13. §. 5, l. 21, l. 38. pr. h. t. Dagegen kann derjenige, welcher in dem gefährdeten Grundstücke blos ab- und zugeht, und einzelne Handlungen darauf vornimmt, die Kaution nicht begehren, l. 13. §. 4. h. t.:

> *Ulp.* „Ceterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei, qui in meo lavet, vel in mea taberna devertat, caveri debet",

und eben so soll auch der *bonae fidei possessor* nach sehr bestimmten gesetzlichen Aussprüchen von diesem Rechte ausgeschlossen sein, l. 11. h. t.

> *Ulp.* „Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit, utrum repromittere, quia suum jus tuetur, an satisdare, quia dominus non est, debebit? Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoratitio damni infecti caveri debeat; et ait Marcellus, inutiliter ei caveri; idemque etiam de eo cavendum, qui non a domino emit, nam nec in hujus persona committi stipulationem; aequissimum tamen puto, huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem";

l. 13. §. 9. eod.:

> *Ulp.* „Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait",

und in der That scheint es auch der Natur der Sache völlig angemessen zu sein, daß, sobald es juristisch gewiß geworden ist, daß der Stipulator ein blos putatives Recht hat, keine Klage aus einer Stipulation Statt finden kann, die unter Voraussetzung seines Eigenthumsrechts abgeschlossen worden ist. Mag man jedoch auch über den wahren Grund dieser Vorschrift verschiedener Ansicht sein, vgl. z. B. *Cujac.* in libr. XLVIII. Paul. ad Edict. ad l. 18. h. t. (in opp. V. p. 646), *Voet* ad h. t. §. 4, Thibaut, Syst. §. 732, Bachofen, Pfandr. I. S. 110 fgg. u. A. m., so sollte doch die Vorschrift selbst nicht bestritten werden, und es ist gewiß nicht zu billigen, wenn *A. Faber*, conj. II. 17. mit gewohnter Kühnheit in l. 11. cit. die Endworte: id est creditori per stipulationem als unechtes Glossem ausmerzen will, so daß nun Ulpian sich in den Worten: aequissimum tamen puto, *huic* prospiciendum, gerade in Betreff des bonae fidei emtor gegen Marcellus erklären würde, unter welcher Voraussetzung dann natürlich auch die l. 13. §. 9. cit. nur so verstanden werden könnte, daß hier die Meinung des Marcellus blos referirt, aber nicht gebilligt werden sollte; doch fehlt es dieser Ansicht auch h. z. T. nicht an Anhängern, und namentlich haben sich noch neuerlich *Reizenstein*, num bonae fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio? Monach. 1830. p. 29 sqq. und Hesse, cautio S. 70 fgg., Rechtsverh. S. 84 fgg. ausführlich für dieselbe ausgesprochen, s. auch Ihering, Abh. S. 104. 111 fg. und Groß a. a. O. S. 18 fgg. — Noch fragt es sich, wem das Recht, die Kaution zu fordern, dann zustehe, wenn das gefährdete Grundstück zwar verkauft, aber noch nicht an den Käufer übertragen worden ist, ob dem Verkäufer oder dem Käufer? Die Regel

ist hier, daß nur der Verkäufer dazu berechtigt, aber auch dem Käufer gegenüber dazu verpflichtet ist, so daß diesem im Unterlassungsfalle die actio emti deßhalb zusteht. Hätte der Käufer die Stipulation abgeschlossen, so ist diese für die Zeit vor der Tradition ganz unwirksam, während sie für den Fall, daß der Einsturz erst nach der Tradition erfolgt, allerdings für den Käufer eine Klage begründet, l. 18. §. 7—10, l. 38. pr. h. t., vgl. *Cujac.* in libr. XLVIII, *Paul.* ad Edict. ad l. 18. §. Emtor. (in opp. V. p. 648 sqq.), *Westphal* l. c. §. 226 sqq., Groh a. a. O. S. 22 fg., Hesse, Rechtsverh. S. 82 fg. — Aus diesen Erörterungen über das Recht auf Kautionsleistung geht übrigens von selbst hervor, daß auch Mehrere neben einander, ein Jeder in Beziehung auf sein besondres Interesse, die Kaution fordern dürfen, l. 5. §. 2. h. t.:

> *Paul.* „Si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est, nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique praestiturus, quam quod ejus intersit“,

vgl. l. 21, l. 27, l. 39. §. 2. h. t. Für den Fall, daß das gefährdete Grundstück im Miteigenthume Mehrerer steht, muß jeder einzelne Eigenthümer für sich stipuliren, und zwar ohne in die Stipulation den besondren Eigenthums-Antheil aufzunehmen, denn da die Stipulation schon ohnedies immer nur auf das besondre Interesse des Stipulator geht, so würde die Zufügung eines quoten Theils „partis partem facere“, l. 27. h. t. — Schließlich ist noch zu bemerken, daß die ganze hier behandelte Frage, wer ein Recht auf Kautionsleistung habe? Anfangs, wenn die Kautionsstellung gefordert wird, nur insofern in Betracht kommt, daß der Kläger ein Rechtsverhältniß, welches ihm die Befugniß zu dieser Forderung gibt, wenigstens anführen muß. Hat er dies gethan, so wird ihm der Kalumnien-Eid aufgelegt, l. 7. pr., l. 13. §. 3. 12. h. t., lex Rubria cap. 20, und dann der Verklagte sogleich ohne weitere Untersuchung zur Kautionsstellung angehalten, l. 13. §. 3. cit.:

> *Ulp.* „Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia jurare debet. Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, *et non inquiretur, utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat an non habeat;* totum tamen hoc jurisdictioni Praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non“.

Erst wenn der Schaden wirklich eingetreten ist, und die Klage aus der Stipulation angestellt wird, muß das Recht des Stipulator, wenn es in Abrede gestellt wird, zum Gegenstand besondrer Beweisführung gemacht werden, und wird dann dieser Beweis nicht erbracht, so gilt die Stipulation nicht als verwirkt, und die Klage muß abgewiesen werden; a. M. ist Hesse, Rechtsverh. S. 117 fgg. — Wenn, was auch möglich ist, die Bitte um Kautionsleistung von einem Stellvertreter des eigentlich Berechtigten angebracht wird, so muß dieser nicht blos de rato kaviren, l. 39. §. 3. h. t, sondern auch in die Seele des Prinzipals den Kalumnien-Eid schwören, l. 7. pr., l. 13. §. 13. h. t.

III. Soll die Kaution wegen eines noch im Entstehen begriffenen Werks gestellt werden, so versteht es sich, daß gerade nur der Unternehmer desselben zur Leistung der Kaution verpflichtet ist, l. 20, l. 24. pr., l. 30. pr. h. t. In

den andren Kautionsfällen dagegen haftet natürlich vor allen Dingen der Eigenthümer, l. 9. §. 4. 5, l. 10, l. 15. §. 27, l. 22. h. t., aber außer demselben auch noch der *bonae fidei possessor*, l. 13. pr. h. t., der Superfiziar und Emphyteuta, l. 9. §. 4, l. 15. §. 26, l. 19. pr. h. t., der Usufruktuar, l. 9. §. 5, l. 15. §. 25, l. 19. pr., l. 22. h. t. und der Pfandgläubiger, l. 11, l. 15. §. 25, l. 19. pr. h. t. Treffen nun mehrere Verpflichtete zusammen, so haften dieselben alternativ, und durch die Leistung der Kaution von Seiten des Einen werden also die Uebrigen befreit, l. 9. §. 4. 5. h. t. (dominum *aut* superficiarium; dominum aut usufructuarium); über das besondre Verhältniß zwischen dem Proprietar und dem Fruktuar, welches dadurch entsteht, wenn blos der Eine leistet und der Andre die Mitwirkung verweigert, vgl. l. 9. §. 5, l. 10, l. 22. pr. h. t.; s. auch Bachofen, Pfandr. I. S. 116 fgg., Elvers, Servit. S. 524 fgg., *Mandrea*, de usufr. parte dom. p. 73 sqq., Hesse, Rechtsverh. S. 98. S. 165 fgg. Ist das gefährdende Grundstück im Miteigenthume Mehrerer, so sind die Miteigenthümer pro rata zur Kautionsleistung verpflichtet, l. 27. fin., l. 40. §. 3. h. t.

IV. Die damni infecti cautio wird nach Verschiedenheit der Fälle entweder durch bloses Versprechen (nuda repromissio) geleistet, oder es ist dazu eine Bürgschaftsleistung (satisdatio) erforderlich. Das Edikt lautet dafür so:

„Damni infecti *suo nomine* promitti, *alieno* satisdari jubebo“,

l. 7. pr. h. t. Als suo nomine kavirend ist aber nur anzusehen der Eigenthümer, und außerdem noch der bonae fidei possessor, l. 13. pr. h. t. und derjenige, welcher in Folge einer Prädialservitut eine Anlage auf fremdem Grundstücke macht, l. 13. §. 1, l. 30. §. 1. h. t. Alle Uebrigen kaviren alieno nomine, und sind also zu einer Bürgschaftsstellung verpflichtet, wie namentlich der Superfiziar, l. 9. §. 4. h. t. (a. M. Hesse, Rechtsverh. S. 102), der Usufruktuar, l. 9. §. 5, l. 10. h. t., der Pfandgläubiger, l. 11, l. 15. §. 25, und derjenige, welcher auf einem öffentlichen Platze ein Werk errichtet, l. 7. pr., l. 15. §. 2. 6, l. 24. pr. h. t. Behauptet derjenige, welcher die Kaution leisten soll, er sei der Eigenthümer, während der Kläger ihn etwa nur für einen Superfiziar, Usufruktuar u. dgl. erklärt, so soll „*sub exceptione satisdari*“, l. 7. pr., l. 31. §. 1. h. t., d. h. es müssen zwar Bürgen bestellt werden, aber diese brauchen sich blos unter der Bedingung zu verpflichten, wenn der Kavent nicht Eigenthümer sei, l. 22. §. 1. h. t. Dem etwaigen Verlangen des Klägers, daß in einem solchen Falle derjenige, welcher sich für den Eigenthümer ausgibt, sub exceptione Bürgschaft stelle, und außerdem auch noch derjenige, welchen der Kläger für den Eigenthümer erklärt, eine Verbalkaution leiste, darf übrigens nicht entsprochen werden, sondern der Kläger kann nur einen von Beiden herauswählen, l. 22. §. 1. cit. Dieser Fall ist aber nicht mit dem andren zu verwechseln, wenn wirklich über das schadhafte Gebäude ein Eigenthums-Prozeß verhandelt wird, indem hier die Kautionspflicht immer dem possessor aufliegt, l. 39. §. 1. h. t.

V. Die Kaution braucht nie auf unbestimmte Zeit bestellt zu werden, sondern der Kavent kann verlangen, daß der Richter nach vorgängiger causae

cognitio eine Zeit bestimme, nach deren Ablauf dann die Kaution von selbst erlöscht, obwohl doch freilich auch nachher, wenn noch fernerer Grund dazu vorhanden ist, eine neue Kautionsstellung verlangt werden kann, l. 4. pr., l. 7. pr., l. 13. §. ult., l. 14, l. 15. pr. h. t. Ist der stipulatio irrthümlich kein dies beigefügt worden, so soll der Kavent dennoch nach Ablauf der Zeit, welche nach Ortsgewohnheit vorzukommen pflegt, die Entbindung von seiner obligatio verlangen dürfen, während freilich dann, wenn in Folge besondrer Verabredung keine Zeit zugefügt wurde, es dabei sein Bewenden behält, und also die actio ex stipulatu statthaft ist, mag auch der Schaden erst nach noch so langer Zeit eingetreten sein, l. 15. §. 1. h. t. — Für Wasserbauten ist schon durch das Edikt selbst die Zeit von 10 Jahren bestimmt, l. 7. pr., l. 15. §. 2. 4. h. t., vgl. l. 1. pr. §. 3. de ripa mun. (43, 15).

VI. Wenn die Kaution von demjenigen, welcher dazu verpflichtet war, demjenigen, der ein Recht darauf hat, wirklich geleistet worden ist, so entsteht daraus, wenn der gefürchtete Schaden in der That eintritt, eine wirksame Klage auf vollen Schadenserſatz, wobei jedoch im Einzelnen folgende Grundsätze zu beachten sind:

1) Es wird immer vorausgesetzt, daß der Schaden auch wirklich *vitio* aedium, loci operisve eingetreten ist, l. 24. §. 3—11, l. 43. pr. h. t. Die Klage fällt also weg, wenn durch ein unwiderstehliches Naturereigniß, Erdbeben, Orkan, Ueberschwemmung u. dgl. die Beschädigung erfolgt ist, und zu beachten ist dabei nur, daß, wenn ein solches Ereigniß nicht unmittelbar zerstörend wirkt, sondern nur das Gefahr drohende Grundstück zu einem vitiösen macht, die actio ex stipulatu allerdings begründet ist, l. 24. §. 5. h. t.:

> *Ulp.* „Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulatoris aedificia ceciderint, nihil eum ex stipulatu consecuturum, quia id nec operis nec loci vitio factum est. Si autem aqua vitiet fundamenta, et sic aedificium ruisset, committi stipulationem ait; *multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit.* Et ita Labeo probat";

vgl. auch §. 11. eod. Ebenso ist die stipulatio auch dann nicht verfallen, wenn die Beschädigung nicht vitio operis, sondern durch Delikt eines Dritten verursacht wird, l. 24. §. 7. h. t., und auch dann findet die actio ex stipulatu wegen eines vitium operis nicht Statt, wenn das opus von Jemanden errichtet worden ist, den der Kavent nicht daran verhindern konnte, l. 24. §. 6. h. t. Ueberhaupt wird also ein „damnum injuria datum" vorausgesetzt, l. 24. §. 3. h. t., und ein damnum „cui nulla ope occurri poterit" kann mit der Klage aus der Kaution nicht verfolgt werden, l. 24. §. 8. h. t.

2) Die Beschädigung muß natürlich vor Ablauf der Zeit erfolgen, auf welche die Wirkung der stipulatio beschränkt ist. Doch genügt es, daß nur innerhalb dieser Zeit das schadende Ereigniß eingetreten ist, sollte auch der Schaden selbst noch nicht wirklich erfolgt sein, und wenn also z. B. das baufällige Haus intra diem stipulationis auf meine Mauer gefallen ist, diese aber

erſt ſpäter nach Ablauf jener Zeit in Folge jenes Einſturzes zuſammengebrochen iſt, ſo iſt meine actio ex stipulatu allerdings begründet, l. 18. §. 11. h. t.

3) Der Schaden muß gerade demjenigen Gebäude zugeſtoßen ſein, auf welches bei der Kaution Bezug genommen wurde, und wenn alſo derjenige, welcher ſich für ſein Haus die damni infecti cautio beſtellen ließ, nachher noch ein angrenzendes Haus erwirbt, und dann durch den Einſturz beide Häuſer beſchädigt werden, ſo kann doch aus der Kaution nur Schadenserſatz für das erſte gefordert werden, l. 18. §. 5. h. t. Damit verträgt es ſich aber begreiflich ſehr wohl, daß der Erſatz aus der Kaution ſich doch auch auf diejenigen Mobilien erſtreckt, die erſt nachher in das Haus eingebracht worden ſind, l. 18. §. 6. h. t., und an einen innern Widerſpruch dieſer geſetzlichen Beſtimmungen oder an eine Inkonſequenz wird kein Verſtändiger denken.

4) Wenn derjenige, welcher die damni inf. cautio geleiſtet hat, Anlagen macht, welche als Ausübung ſeines Eigenthumsrechts erſcheinen, ſo kann nie aus der Kaution Klage erhoben werden, ſollte auch dadurch dem Nachbar geſchadet, oder richtiger, ſollten demſelben auch dadurch Vortheile entzogen werden, in deren Genuß er bisher geweſen iſt, vgl. beſ. l. 26. h. t.:

Ulp. „Proculus ait, quum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione; veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia“;

vgl. auch l. 24. §. ult., l. 25. eod.

5) Die Klage aus der Stipulation geht auf Erſatz alles Schadens, welcher vitio aedium etc. verurſacht iſt, einerlei ob damnum emergens oder lucrum cessans, und namentlich iſt auch nicht blos der Schaden zu erſetzen, welcher durch den wirklichen Einſturz erfolgte, ſondern auch derjenige, welchen der Nachbar ſchon vorher, wegen gerechter Furcht des Einſturzes erlitten hat, wie z. B. wenn er wegen des drohenden Nachbarhauſes keine Miethsleute hat finden können, oder wenn er ſelbſt, um ſein Haus zu retten, das Nachbarhaus hat ſtützen laſſen u. dgl. m., l. 28. 29. 37. h. t. Das iſt aber eine Eigenheit, daß wenn in dem beſchädigten Hauſe ein übermäßiger Luxus aufgewendet war, z. B. in koſtbaren Wandgemälden u. dgl., ein Moderationsrecht begründet iſt, „quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda“, l. 40. pr. h. t., vgl. l. 13. §. 1. de serv. praed. urb. (8, 2).

6) Daß die Klage aus der Stipulation auch auf und gegen die Erben und ſonſtige Univerſal-Succeſſoren übergehe, kann nicht bezweifelt werden. Schwierigkeit hat aber hier die l. 24. §. 1. h. t. gemacht:

Ulp. „Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum, eorumque, ad quos ea res pertinet; successores autem

non solum, qui in universa bona succedunt, *sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint,* his verbis continentur",

und man hat darauf ſchon oft den wahrhaft wunderlichen Satz gründen wollen, daß die Klage aus der Kaution auch den Singular-Succeſſoren des Stipulator zuſtehe, und gegen die Singular-Succeſſoren des Promiſſor angeſtellt werden könne! Offenbar aber will Ulpian nur ſagen, daß ſich die Kaution auch auf den Fall erſtrecke, wenn der Schaden erſt nach einer vom Stipulator oder Promiſſor vorgenommenen Veräußerung eingetreten ſei, d. h. daß auch in dieſem Falle der Stipulator gegen den Promiſſor aus der Kaution klagen könne, vgl. auch l. 16. §. 4, l. 18. §. 10. h. t.; etwas abweichend iſt Heſſe, Rechtsverh. S. 149 fgg., ſ. auch Windſcheid, Lehrb. §. 459. Not. 21. Doch wird natürlich, damit der Stipulator nach einer von ihm vorgenommenen Veräußerung noch klagen könne, die Fortdauer des Intereſſe vorausgeſetzt, und ſo fällt namentlich ſeine Klage hinweg, wenn ſich der Singular-Succeſſor durch eine eigne damni inf. cautio ſchon vollſtändig geſichert hat, l. 18. §. 10. cit.

VII. Wenn die Kaution innerhalb der vom Richter anberaumten Zeit nicht geleiſtet wird, ſo kam es in dem früheren Rechte, wie uns daſſelbe in der lex Rubria cap. 20. mit Hinweiſung auf das Edikt des Praetor *peregrinus* entgegen tritt, ſogleich zu einer actio in factum, vermittelſt deren der Kautionspflichtige auf ſoviel kondemnirt wurde, als er hätte leiſten müſſen, wenn er die Kaution geſtellt hätte, vgl. auch *Huschke* l. c. p. 17 sqq. (in der deutſchen Bearbeit. S. 217 fgg.). Dies iſt durch das Edikt des Praetor urbanus, wie es in l. 7. pr. h. t. uns vorliegt, dahin abgeändert worden, daß vielmehr zunächſt Beſitzeinweiſungen angewendet werden, und dadurch eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der noxae deditio hervorgebracht wird, vgl. auch die Andeutung Ulpian's in l. 7. §. 1. h. t. (T. 2) und in l. 9. pr. h. t.:

„Integra autem re unusquisque cogitur, aut de damno infecto cavere *aut aedibus carere, quas non defendit*",

und gleich nachher:

„non inique Praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium *aut damnum sarciat, aut aedibus careat*".

Dieſe Beſitzeinweiſung (ſ. darüber auch noch Bachofen, Pfandr. I. S. 368 fgg.) hat aber zwei Abſtufungen. Zunächſt nämlich kommt es:

1) zu einer gewöhnlichen missio in possessionem (ſ. g. missio ex primo decreto), l. 7. pr. h. t.:

„Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire — — jubebo",

woraus für den Eingewieſenen kein *possidere*, ſondern ein bloſes *in possessione esse* entſteht, womit alſo auch kein Beſitzverluſt für den Eigenthümer begründet iſt, l. 15. §. 20. h. t., und welche wieder aufgehoben werden muß, ſobald gehörige Kaution geſtellt, und die inzwiſchen etwa erwachſenen Koſten erſetzt werden, l. 15. §. 31. 32. 34. h. t. Gewöhnlich erfolgt die Einweiſung in das ganze Schaden drohende Grundſtück, und nur ausnahmsweiſe beſchränkt ſich dieſelbe auf den vitiöſen Theil, wenn nämlich dieſer Theil auch als ein ſelbſtſtändiges Ganzes aufgefaßt werden kann, l. 4. §. 1, l. 15. §. 11—14. h. t.

was begreiflich öfter bei einem Feldstücke, als bei Gebäuden der Fall sein wird, l. 38. §. 1. h. t. Sind mehrere Kautionsberechtigte vorhanden, so werden sie sämmtlich in den Mitbesitz eingewiesen, und wenn der Eine von ihnen früher schon eingewiesen war, so steht dies der Einweisung des Andren nicht im Wege, l. 7. pr. fin., l. 15. §. 15, l. 40. §. 4. h. t.

2) Die missio ex primo decreto charakterisirt sich als ein bloses Zwangsmittel, um den Pflichtigen zur Stellung der Kaution zu bewegen. Erweis't sich dieses Mittel aber als unzulänglich, so kommt es nun zu einer missio *ex secundo decreto* (l. 15. §. 16. h. t.), in Folge deren für den Eingewiesenen kein bloses in possessione esse, sondern ein eigentliches possidere entsteht, l. 7. pr. h. t.:

„— — — et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo".

Hierbei gelten noch folgende Sätze:

a) Zu dem zweiten Dekrete kommt es nicht anders, als wenn „justa causa esse videbitur", also nach vorgängiger causae cognitio, l. 4. §. 4. h. t., und dies erläutert Ulpian in l. 15. §. 21. h. t. dahin, daß eine längere Zeit nach der ersten Mission hingegangen sein müsse, so daß das Gebäude entweder als derelinquirt angesehen, oder doch eine hartnäckige contumacia des Pflichtigen angenommen werden müsse. Besondre Schonung soll bei Abwesenden und Minderjährigen angewendet werden, denen aber auch in jedem Falle, selbst nach erfolgter zweiter Mission, durch in integrum restitutio geholfen wird, l. 15. §. 22, l. 19. pr. h. t., vgl. l. 30. de noxal. act. (9, 4). Uebrigens soll auch der zweiten Mission immer noch eine besondere Denuntiation an den Kautionspflichtigen vorausgehen, l. 4. §. 5. 6. h. t.

b) Wenn es nun wirklich zur zweiten Besitzeinweisung gekommen ist, so ist der Eigenthümer seines bisherigen Besitzes zu entsetzen, l. 15. §. 23. h. t., und für den Eingewiesenen entsteht ein Rechtsverhältniß, welches uns in einer ganzen Reihe von Stellen geradezu als Eigenthumsrecht charakterisirt wird; vgl. namentlich l. 15. §. 16. h. t. „secundo decreto a Praetore *dominus* constituitur", §. 17. eod. „ambo aedium fiunt *domini*" und gleich nachher „jam constituto *domino* eo", §. 33. eod. „possidere *jure dominii*", l. 7. §. 1. de usufr. (7, 1) „*jure dominii* possidere", l. 5. comm. divid. (10, 3) „et ex hoc *dominium* aedium nancisceremur", l. 7. §. 9. eod. „quum jussus possidere *vindicationem* habere possit", l. 1. pr. de fundo dotali (23, 5) „*dominus* vicinus fit, quia haec *alienatio* non est voluntaria", l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9) „*alienationes*". Dennoch sind von jeher, besonders nach dem Vorgange von *Cujac.*, Obss. XXI. 36. und tract. IX. ad Afric. ad l. 44. h. t., in opp. I. p. 1520, sehr Viele andrer Meinung gewesen, indem sie vielmehr für den Immittirten eine bloße bonae fidei possessio mit conditio usucapiendi statuiren, und allerdings gibt es viele Stellen, in denen die rechtliche Folge des zweiten Dekrets so angegeben wird, daß der Eingewiesene in die Lage komme, „per longum tempus", „per longam possessionem", „per longi temporis spatium" das Eigenthum zu erwerben, vgl. namentlich l. 5. pr., l. 12, l. 15. §. 16. 26. 27, l. 18. §. 15.

h. t., l. 3. §. 25. de acq. poss. (41, 2). — Die Sache verhält sich einfach so. Durch das zweite Dekret entstand zwar allerdings wahres Eigenthum, aber natürlich kein dominium ex jure Quiritium, sondern blos das in bonis, welches erst durch Usukapion in quiritarisches Eigenthum umgewandelt werden mußte, und so liegt denn in den oben angeführten verschiedenen Quellen-Aussprüchen, in ihrem ursprünglichen Sinne, nicht der mindeste Widerspruch vor. Zwar könnte man hiergegen einwenden, daß die Gesetze nicht sowohl von einer *usucapio* sprächen, als vielmehr Ausdrücke gebrauchten, welche nur auf eine *longi temporis praescriptio* bezogen werden könnten, und diese als eine prätorische Erwerbart habe kein quiritarisches Eigenthum gegeben, und sei also auch nicht anwendbar gewesen, um bonitarisches Eigenthum in quiritarisches umzuwandeln; aber für denjenigen, der mit dem Sprachgebrauch der Quellen in der Verjährungslehre bekannt ist, kann es auch nicht den mindesten Zweifel leiden, daß alle jene Stellen ursprünglich wirklich von der Usukapion sprachen, und die Beziehung auf das longum tempus, die longa possessio etc. erst durch Interpolation hineingetragen worden ist. So wenig Schwierigkeit nun hiernach auch die Vereinigung der oben angeführten verschiedenen Quellen-Aussprüche in ihrem ursprünglichen Sinne darbietet, so paßt dies doch offenbar nicht mehr für das Justinianische Recht, indem da nach Aufhebung des bonitarischen Eigenthums von der Nothwendigkeit einer Usukapion für den ex secundo decreto Immittirten keine Rede mehr sein kann. Die Aufnahme aller der Stellen, welche der Verjährung erwähnen, in die Justinianische Legislation blos der Kopflosigkeit der Kompilatoren zuzuschreiben, und ihnen demnach für das neueste Recht alle Bedeutung abzusprechen, ist aber um so gewagter, da sogar, wie schon vorher bemerkt wurde, absichtliche Interpolationen dabei vorgekommen sind; und so muß man denn diesen Stellen für das Justinianische Recht gewiß die Bedeutung beilegen, daß dabei Fälle vorausgesetzt werden sollen, in welchen derjenige, welcher die Kaution verweigert, selbst nicht Eigenthümer, sondern nur bonae fidei possessor ist, denn daß in solchen Fällen auch der Immittirte eine bloße bonae fidei possessio und conditio usucapiendi erlangen, und dem Rechte des Eigenthümers, von welchem ja die Kautionsstellung gar nicht verlangt worden ist, nicht präjudizirt werden kann, versteht sich allerdings von selbst, vgl. auch arg. l. 15. §. 26. h. t. Uebrigens ist die ganze hier behandelte Frage, ob, wenn der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes die Kaution verweigert, Eigenthum oder bloße bonae fidei possessio für den ex secundo decreto Immittirten entstehe, in Wahrheit von gar keiner praktischen Bedeutung; denn wenn Manche aus der Annahme einer bloßen bonae fidei possessio ableiten wollen, daß der Eigenthümer noch bis zum Ablaufe der Verjährungszeit, wenn er sich zur Herstellung des schadhaften Gebäudes oder zu vollständiger Kautionsleistung erbiete, sich vermittelst vindicatio wieder in den Besitz seiner Sache setzen könne, vgl. z. B. *Voet* lib. XXXIX. tit. 2. §. 12, Zimmern im ziv. Arch. VIII. S. 160, so widerstreitet dieses ganz klaren gesetzlichen Bestimmungen, l. 15. §. 33. h. t.:

> *Ulp.* „Posteaquam autem quis possidere jure dominii a Praetore jussus est, *nequaquam locus erit cautionis oblationi*, et ita Labeo,

ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur; et est hoc verissimum, seposito eo, quod quibusdam vel aetate, vel qua alia justa causa subvenitur".

Hat aber hiernach der Eigenthümer entschieden kein Wiedereinlösungsrecht, so sieht man in der That nicht ein, wie sich die angebliche bloße bonae fidei possessio des Immittirten von dem Eigenthumsrechte unterscheiden sollte.

c) Sind mehrere Berechtigte vorhanden, welchen die Kaution verweigert wird, so werden sie gemeinschaftlich ex secundo decreto immittirt, und dadurch entsteht ein Miteigenthum nach arithmetisch gleichen Theilen, sollte auch der Schaden, welcher den Einzelnen durch das baufällige Haus droht, keineswegs gleich groß sein, l. 15. §. 18. h. t.:

Ulp. „Quum autem plures mittuntur in possessionem, *aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret;* et merito, nam et quum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; quum igitur plures mittuntur, *aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt*",

vgl. auch l. 5. §. 1, l. 15. §. 17, l. 40. §. 4. h. t. Die von Manchen vertheidigte Meinung, daß dies nur für die missio ex primo decreto gelte, während bei der missio ex secundo decreto allerdings die Größe des drohenden Schadens den Maaßstab für die Größe des Antheils abgeben müsse, vgl. z. B. *Voet.* lib. XXXIX. tit. 2. §. 13, hat weder innere Gründe noch die Gesetze für sich. Uebrigens gilt das eben Gesagte natürlich nur für den Fall gleichzeitiger Besitzeinweisung. Ist nämlich nur Einer ex secundo decreto immittirt worden, so liegt nun natürlich ihm die Verbindlichkeit ob, Andren, welche durch das baufällige Haus gefährdet sind, die damni infecti cautio zu stellen, und weigert er sich dessen, so treten nun gegen ihn die gewöhnlichen Maaßregeln, die missio ex primo und ex secundo decreto, ein, in Folge deren er sein eben erworbenes Eigenthum wieder vollständig an den andren Kautionsberechtigten verliert, l. 15. §. 15. 17. h. t.

d) Wenn durch die zweite Besitzeinweisung Eigenthum erworben worden ist, so erlöschen dadurch auch sowohl Nießbrauch als Pfandrechte, welche etwa Dritten zustehen, offenbar, weil ja auch der Usufruktuar und Pfandgläubiger kautionspflichtig sind, und sie sich durch Stellung der Kaution ihr Recht hätten erhalten können, l. 15. §. 25. h. t.:

Ulp. „Item quaeritur in pignoratitio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui jussus sit possidere? Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur; quod et in fructuario recte Celsus scribit",

und dies ist auch gewiß der Sinn von l. 12. h. t.:

Paul. „His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit".

Doch gilt dies natürlich nur dann, wenn auch die Kaution von ihnen wirklich gefordert worden ist, was bei dem Pfandgläubiger nicht leicht anders vorkommen

wird, als wenn er auch wirklich im Besitze des baufälligen Hauses sich befindet. Ist dieses nicht der Fall, so kann ihm die hypothekarische Klage nicht versagt werden, sofern er nur die von dem Immittirten aufgewendeten Reparaturkosten vollständig ersetzt, oder sich doch zu einer damni infecti cautio erbietet, l. 44. § 1. h. t., vgl. auch l. 19. pr. h. t. An einen Widerspruch der l. 44. cit. mit den vorher angeführten Stellen, wie doch auch noch Bachofen a. a. O. S. 122 fg. annimmt, ist also nicht zu denken.

e) Wenn das Schaden drohende Grundstück in emphyteutischem Rechte Jemandes steht, so kommt es darauf an, wer zur Stellung der Kaution aufgefordert worden ist. Ist dies der Emphyteuta, so wird durch die missio ex secundo decreto auch nur emphyteutisches Recht begründet, während, wenn der Eigenthümer die Kaution verweigert, das Eigenthumsrecht auf den Eingewiesenen übergeht. Dies ist doch wohl der verständige Sinn der l. 15. §. 26. 27. h. t.:

> *Ulp.* „Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere; nec enim dominium capere possidendo potest, sed decernendum, ut eodem jure esset, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit. §. 27. Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri".

Die Erklärung, welche neuerlich Hesse, cautio S. 121 fgg. aufgestellt hat, und welche darauf hinausgeht, daß §. 26. von fiskalischen, §. 27. aber von municipalen Vektigal-Grundstücken zu verstehen seien, ist gewiß haltlos (vgl. jetzt auch Denf., Rechtsverh. S. 166), und eben so auch die Unterscheidung von Bachofen a. a. O. S. 373. Not. 4. und S. 381 fg., welcher zwischen Gebäuden und andren Grundstücken unterscheiden will.

VIII. Die eben besprochenen Besitzeinweisungen können natürlich durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erzwungen werden, vgl. l. 4. pr. §. 1. ne vis fiat ei, qui in poss. missus est (43, 4), aber in alternativer Konkurrenz mit jenen andren Klagen hat das prätorische Edikt gegen denjenigen, welcher sich der Besitzeinweisung widersetzt, eine besondre actio in factum auf soviel gegeben, als er leisten müßte, wenn er die Kaution gestellt hätte, also auf vollen Ersatz des Schadens nach den oben bei VI. dargestellten Grundsätzen, l. 7. pr. h. t., vgl. l. 4. §. 2, l. 15. §. 36, l. 16, l. 17, l. 18. §. 13—15. h. t., l. 4. §. 2. 3. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est (43, 4), lex Rubria cap. 20. Die Klage ist perpetua, und geht auf und gegen die Erben über, l. 17. §. 3. h. t., aber sie kann natürlich nicht eher angestellt werden, als bis der Schaden wirklich eingetreten ist, und bis dahin kann der Verklagte durch Kautionsleistung oder Abtretung der Sache sich von der Klage losmachen, l. 16. h. t.

IX. Wir haben gesehen, welche Maaßregeln bei einem drohenden Schaden ergriffen werden können. Sind dieselben aber verabsäumt, oder doch nicht vollständig durchgeführt, so gilt die Regel, daß eine Klage auf Schadenersatz unzulässig ist, und selbst nicht einmal die Wegschaffung der herübergefallenen Trümmer von dem Nachbar begehrt werden kann, l. 6. h. t.:

> *Gai.* „Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae

in meas aedes ceciderint, adeo, ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat",

l. 44. pr. h. t. Ob aber derjenige, auf deſſen Grundſtück dieſe Trümmer gefallen, ein Retentionsrecht daran üben könne, war bei den Römern nicht unbeſtritten. Trebatius, Alfenus und Labeo leugneten dies, indem ſie annahmen, daß dem Eigenthümer der herübergefallenen Bauſtücke die Wegnahme derſelben nicht verweigert werden könne, wenn er nur wegen des etwaigen durch die Wegnahme verurſachten Schadens Kaution leiſte — alſo eine cautio damni *infecti* —, während der durch den Einſturz verurſachte Schaden nicht erſetzt zu werden brauche, l. 9. §. 1. 2. h. t. (Daß in §. 2. cit. nicht mit der Flor. geleſen werden darf „de damno *jam facto*", ſondern mit vielen Vulgat-Manuſkripten und Halvander „de damno *infecto*", kann m. E. nach dem ganzen Zuſammenhang der Stelle nicht bezweifelt werden). Dagegen aber vertheidigten beſonders Julian und Neratius die andere Meinung, daß allerdings dem Herrn des beſchädigten Grundſtücks ein Retentionsrecht zuſtehe, bis ihm der durch den Einſturz verurſachte Schaden vollkommen erſetzt, oder ihm doch eine genügende Kaution deßhalb geſtellt worden ſei — alſo eine cautio de damno *praeterito* —, l. 7. §. 2, l. 9. §. 3. h. t., l. 5. §. 4. ad exhib. (10, 4), l. 8. de inc. ruina naufr. (47, 9); und dieſe, auch von Ulpian gebilligte Meinung muß als die überhaupt herrſchend gewordene, und auch im Juſtinianiſchen Rechte rezipirte angeſehen werden; vgl. auch Heiſe und Cropp, jur. Abhh. I. 20, Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilr. S. 74 fgg. und, etwas abweichend, Heſſe, Rechtsverh. S. 137 fgg. Der Regel nach hat alſo derjenige, welcher durch den Einſturz eines Nachbarhauſes beſchädigt iſt, wenn er ſich nicht durch die in den obigen Ausführungen angegebenen Maaßregeln geſichert hat, durchaus kein andres Rechtsmittel, als die Retention der auf ſein Gebiet herübergefallenen Bauſtücke, „et sua culpa damnum passus est, qui tardius experiri coeperit", l. 44. pr. h. t. Dieſe Regel leidet aber doch allerdings Ausnahmen, und zwar in folgender Abſtufung:

1) Wenn der Einſturz erfolgt iſt, ehe noch einmal ein gerichtlicher Antrag auf Kaution geſtellt war, aber es war dieſes nicht aus Nachläßigkeit verſäumt worden, ſondern die Unterlaſſung wird durch gerechte Gründe entſchuldigt: ſo ſoll dem Beſchädigten nicht blos jenes Retentionsrecht zuſtehen, ſondern er ſoll auch eine Klage gegen den Eigenthümer des eingefallenen Hauſes darauf haben, daß derſelbe entweder alle herübergefallenen Trümmer wegräume und de damno *praeterito* Kaution leiſte, oder ſein ganzes Haus — alſo nicht blos die herübergefallenen Bauſtücke, ſondern auch den Bauplatz, und was noch auf dieſem ſteht — derelinquire, l. 7. §. 2 fin, l. 8, l. 9. pr. h. t., denn „quod re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur", l. 9. cit

2) Wenn zwar der gerichtliche Antrag auf Kautionsſtellung bereits geſtellt war, aber ehe noch weitere Schritte geſchehen ſind, erfolgt der Einſturz, ſo tritt zwar keine Beſitzeinweiſung ein, aber der Richter ſoll hier dem Eigenthümer des eingeſtürzten Hauſes eine cautio de damno praeterito auflegen, oder auch nach

seinem Ermeſſen ſogleich gegen denſelben eine actio in factum auf Schadenserſatz (ſ. Nr. VIII) zulaſſen, l. 15. §. 28. h. t.:

> *Ulp.* „Eleganter quaeritur, si, dum Praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit? Et missio quidem cessabit, Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat".

Uebrigens kann es nicht das mindeſte Bedenken leiden, daß auch in dieſem Falle der Verklagte ſich durch Preisgebung des Hauſes von aller Erſatzverbindlichkeit losmachen kann. — Daſſelbe, was hier für den Fall angenommen wird, wenn der Prätor deliberirt, gilt auch natürlich von dem andren Falle, wenn die weiteren erforderlichen Schritte vor Gericht unterbleiben, „quia potestas Praetoris adeundi non erat", l. 4. §. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est (43, 4).

3) Wenn der Einſturz erfolgt iſt, nachdem der Kläger bereits in den Beſitz eingewieſen war, aber ehe er den Beſitz wirklich ergriffen hatte, ſo gilt die Regel, daß jetzt alles ſo gehalten wird, wie wenn der Schaden erſt nach der wirklichen Beſitzergreifung erfolgt wäre, l. 44. pr. h. t., d. h. der Kläger kommt jetzt, ungeachtet des inzwiſchen erfolgten Einſturzes „in possessionem ruinae vel areae", und, wenn ſich der Eigenthümer dem widerſetzt, ſo ſtellt er ſogleich die actio in factum auf vollen Schadenserſatz an, l. 15. §. 34. vgl. mit §. 32. und 35. h. t. Doch gilt dies allerdings nur, wenn dem Kläger bei der verzögerten Beſitzergreifung keine Nachläſſigkeit vorgeworfen werden kann, denn wäre dies der Fall, ſo müßte ein Verzicht auf das beneficium Praetoris angenommen, und folglich der Beſchädigte auf das bloſe Retentionsrecht beſchränkt werden, l. 15. §. 32. fin. §. 34. fin. h. t.

4) Noch kann es endlich auch vorkommen, daß, nachdem der Kläger einen gehörigen Antrag auf Kautionsleiſtung geſtellt hatte, die weiteren nöthigen Maaßregeln durch Nachläſſigkeit des Munizipal-Magiſtrats unterblieben waren, und inzwiſchen der Einſturz erfolgt iſt. In dieſem Falle wird dem Beſchädigten, wenn er ſelbſt nicht etwa auch in culpa iſt (l. 4. §. 9. h. t.), eine Klage gegen den Magiſtrat auf vollen Schadenserſatz eingeräumt, welche „quum rei habeat persecutionem", dreißig Jahre dauert, und auf und gegen die Erben übergeht, l. 4. §. 7—10. h. t.

X. Es gibt einige Ausnahmen von dem bisher dargeſtellten Rechte, indem in einigen Fällen der Anſpruch auf Kaution wegfallen ſoll, obwohl im Uebrigen alle Vorausſetzungen derſelben vorhanden wären.

1) Nach der Lehre der Sabinianer darf keine Kaution gefordert werden, wenn dem Bedrohten irgend ein andres genügendes Rechtsmittel zur Seite ſteht, l. 32. h. t.:

> *Gaius.* „Et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit",

und der Grund dieſer Lehre war offenbar, weil ja der weſentliche Zweck der Kaution nur war, eine Klage zu begründen, und es alſo, wenn eine ſolche ſchon da war, es eine ganz überflüſſige und eben darum verwerfliche Beläſtigung des

Gegners wäre, doch noch die damni infecti stipulatio zu begehren, vgl. auch Schneider, die subsid. Klagen S. 89 fgg. Diese Meinung scheint denn auch später die allgemein herrschende geworden zu sein, und entschieden ist dieselbe im Justinianischen Rechte rezipirt, wie nicht nur aus der Aufnahme der l. 32. cit., sondern insbesondre auch noch daraus hervorgeht, daß da zahlreiche Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität vorkommen. So soll z. B. der Miether keine damni infecti cautio von dem Vermiether begehren dürfen, „quia potest ex conducto experiri", l. 13. §. 6, l. 33, l. 34. h t. So kann ferner weder der Proprietar vom Usufruktuar, noch der Usufruktuar vom Proprietar die Kaution fordern; der Usufruktuar nicht, weil er es in seiner Hand hat, durch eigene Reparatur den Schaden zu verhüten, l. 20. h. t. „quia refectio aedium ad ejus ipsius onus [non] pertinet" (daß dieses *non* der Flor. gestrichen werden muß, scheint mir unzweifelhaft; über verschiedene andre Meinungen vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VI. p. 167 sqq.); der Proprietar nicht, weil er schon durch die Klage aus der cautio usufructuaria geschützt ist, l. 18. §. 2, l. 20. h. t. (Offenbar treffen jedoch diese Gründe nur den Fall, wenn es sich um ein vitium *aedium* handelt, und allerdings muß also wegen eines vitium *soli* der Proprietar dem Usufruktuar, und wegen eines vitium *operis* der Usufruktuar dem Proprietar die damni inf. cautio leisten, l. 20. h. t.). So kann ferner auch weder der Proprietar vom Superfiziar, noch auch der Letztre vom Erstren die Kaution fordern, „quia invicem ex conducto et locato habent actiones", l. 18. §. 4. h. t. So können endlich wegen der subsidiären Natur der damni infecti cautio mehrere Miteigenthümer unter einander dieselbe nicht begehren, l. 32. h. t., und auch der Käufer der gefährdeten Sache kann sie nur für die Zeit nach der Tradition fordern, weil er für die vorhergehende Zeit durch die actio emti gesichert ist, *„et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur"*, l. 18. §. 9. h. t. Bei so zahlreichen und unzweideutigen Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität ist es mir nicht wohl begreiflich, wie Schneider a. a. O. S. 94. behaupten kann, daß die Frage, ob in Justinian's Rechtsbüchern der allgemein subsidiäre Charakter der damni inf. stipulatio festgehalten sei, ohne allen Zweifel verneint werden müsse. In der That läßt sich aber aus den für diese gewagte Behauptung angeführten Gesetzen höchstens eine einzelne Ausnahme von dem Grundsatze der Subsidiarität, aber nimmermehr eine völlige Nichtanerkennung dieses Grundsatzes ableiten. Die Ausnahme, die ich für begründet halte, ist folgende. Wenn Jemand auf seinem Grund und Boden oder auf einem öffentlichen Platze schuldhafter Weise eine Anlage macht, wodurch er einen Nachbar gefährdet, so kann dieser die damni infecti cautio fordern, obwohl er auch, wenn er sie nicht forderte, und der Schaden nachher wirklich einträte, eine *actio in factum* auf Schadensersatz anstellen könnte, vgl. l. 18. de serv. praed. urb. (8, 2):

> *Pompon.* „Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, *in factum actio mihi competit, sed et damni infecti stipulari a te potero*",

vgl. l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2), l. un. §. 5. de ripa mun. (43, 15).

seinem Ermeissen sogleich gegen denselben eine actio in factum auf Schadensersatz (s. Nr. VIII) zulassen, l. 15. §. 28. h. t.:

Ulp. „Eleganter quaeritur, si, dum Praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit? Et missio quidem cessabit, Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat".

Uebrigens kann es nicht das mindeste Bedenken leiden, daß auch in diesem Falle der Verklagte sich durch Preisgebung des Hauses von aller Ersatzverbindlichkeit losmachen kann. — Dasselbe, was hier für den Fall angenommen wird, wenn der Prätor deliberirt, gilt auch natürlich von dem andren Falle, wenn die weiteren erforderlichen Schritte vor Gericht unterbleiben, „quia potestas Praetoris adeundi non erat", l. 4. §. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est (43, 4).

3) Wenn der Einsturz erfolgt ist, nachdem der Kläger bereits in den Besitz eingewiesen war, aber ehe er den Besitz wirklich ergriffen hatte, so gilt die Regel, daß jetzt alles so gehalten wird, wie wenn der Schaden erst nach der wirklichen Besitzergreifung erfolgt wäre, l. 44. pr. h. t., d. h. der Kläger kommt jetzt, ungeachtet des inzwischen erfolgten Einsturzes „in possessionem ruinae vel areae", und, wenn sich der Eigenthümer dem widersetzt, so stellt er sogleich die actio in factum auf vollen Schadensersatz an, l. 15. §. 34. vgl. mit §. 32. und 35. h. t. Doch gilt dies allerdings nur, wenn dem Kläger bei der verzögerten Besitzergreifung keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann, denn wäre dies der Fall, so müßte ein Verzicht auf das beneficium Praetoris angenommen, und folglich der Beschädigte auf das bloße Retentionsrecht beschränkt werden, l. 15. §. 32. fin. §. 34. fin. h. t.

4) Noch kann es endlich auch vorkommen, daß, nachdem der Kläger einen gehörigen Antrag auf Kautionsleistung gestellt hatte, die weiteren nöthigen Maaßregeln durch Nachlässigkeit des Munizipal-Magistrats unterblieben waren, und inzwischen der Einsturz erfolgt ist. In diesem Falle wird dem Beschädigten, wenn er selbst nicht etwa auch in culpa ist (l. 4. §. 9. h. t.), eine Klage gegen den Magistrat auf vollen Schadensersatz eingeräumt, welche „quum rei habeat persecutionem", dreißig Jahre dauert, und auf und gegen die Erben übergeht, l. 4. §. 7—10. h. t.

X. Es gibt einige Ausnahmen von dem bisher dargestellten Rechte, indem in einigen Fällen der Anspruch auf Kaution wegfallen soll, obwohl im Uebrigen alle Voraussetzungen derselben vorhanden wären.

1) Nach der Lehre der Sabinianer darf keine Kaution gefordert werden, wenn dem Bedrohten irgend ein andres genügendes Rechtsmittel zur Seite steht, l. 32. h. t.:

Gaius. „Et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit",

und der Grund dieser Lehre war offenbar, weil ja der wesentliche Zweck der Kaution nur war, eine Klage zu begründen, und es also, wenn eine solche schon da war, es eine ganz überflüssige und eben darum verwerfliche Belästigung des

Gegners wäre, doch noch die damni infecti stipulatio zu begehren, vgl. auch Schneider, die subsid. Klagen S. 89 fgg. Diese Meinung scheint denn auch später die allgemein herrschende geworden zu sein, und entschieden ist dieselbe im Justinianischen Rechte rezipirt, wie nicht nur aus der Aufnahme der l. 32. cit., sondern insbesondre auch noch daraus hervorgeht, daß da zahlreiche Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität vorkommen. So soll z. B. der Miether keine damni infecti cautio von dem Vermiether begehren dürfen, „quia potest ex conducto experiri", l. 13. §. 6, l. 33, l. 34. h t. So kann ferner weder der Proprietar vom Usufruktuar, noch der Usufruktuar vom Proprietar die Kaution fordern; der Usufruktuar nicht, weil er es in seiner Hand hat, durch eigene Reparatur den Schaden zu verhüten, l. 20. h. t. „quia refectio aedium ad ejus ipsius onus [non] pertinet" (daß dieses *non* der Flor. gestrichen werden muß, scheint mir unzweifelhaft; über verschiedene andre Meinungen vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VI. p. 167 sqq.); der Proprietar nicht, weil er schon durch die Klage aus der cautio usufructuaria geschützt ist, l. 18. §. 2, l. 20. h. t. (Offenbar treffen jedoch diese Gründe nur den Fall, wenn es sich um ein vitium *aedium* handelt, und allerdings muß also wegen eines vitium *soli* der Proprietar dem Usufruktuar, und wegen eines vitium *operis* der Usufruktuar dem Proprietar die damni inf. cautio leisten, l. 20. h. t.). So kann ferner auch weder der Proprietar vom Superfiziar, noch auch der Letztre vom Erstren die Kaution fordern, „quia invicem ex conducto et locato habent actiones", l. 18. §. 4. h. t. So können endlich wegen der subsidiären Natur der damni infecti cautio mehrere Miteigenthümer unter einander dieselbe nicht begehren, l. 32. h. t., und auch der Käufer der gefährdeten Sache kann sie nur für die Zeit nach der Tradition fordern, weil er für die vorhergehende Zeit durch die actio emti gesichert ist, *„et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur"*, l. 18. §. 9. h. t. Bei so zahlreichen und unzweideutigen Anwendungen von dem Grundsatze der Subsidiarität ist es mir nicht wohl begreiflich, wie Schneider a. a. O. S. 94. behaupten kann, daß die Frage, ob in Justinian's Rechtsbüchern der allgemein subsidiäre Charakter der damni inf. stipulatio festgehalten sei, ohne allen Zweifel verneint werden müsse. In der That läßt sich aber aus den für diese gewagte Behauptung angeführten Gesetzen höchstens eine einzelne Ausnahme von dem Grundsatze der Subsidiarität, aber nimmermehr eine völlige Nichtanerkennung dieses Grundsatzes ableiten. Die Ausnahme, die ich für begründet halte, ist folgende. Wenn Jemand auf seinem Grund und Boden oder auf einem öffentlichen Platze schuldhafter Weise eine Anlage macht, wodurch er einen Nachbar gefährdet, so kann dieser die damni infecti cautio fordern, obwohl er auch, wenn er sie nicht forderte, und der Schaden nachher wirklich einträte, eine *actio in factum* auf Schadensersatz anstellen könnte, vgl. l. 18. de serv. praed. urb. (8, 2):

> *Pompon.* „Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, *in factum actio mihi competit, sed et damni infecti stipulari a te potero*",

vgl. l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2), l. un. §. 5. de ripa mun. (43, 15).

Dürfte man, wie Heſſe, cautio S. 49. und S. 57. nicht ohne Scharfſinn annahm (anders jetzt in ſein. Rechtsverh. S. 126. Not., S. 128), unter dieſer Klage diejenige actio in factum verſtehen, die der Prätor auch ſonſt an Statt oder in Folge der damni inf. stipulatio öfter geſtattet (ſ. Nr. VIII. und IX), ſo würde begreiflich gar nicht einmal von einer Ausnahme der Subſidiarität die Rede ſein können, aber dieſe Klage iſt vielmehr gewiß die bekannte, aus analoger Ausdehnung der *lex Aquilia* hervorgegangene, actio in factum, wie namentlich aus dem Zuſammenhang der l. 27. §. 10. cit., und beſonders aus l. un. §. 5. cit. („*sed lege Aquilia* experiendum est") hervorgeht, und darnach iſt denn allerdings in den obigen Stellen eine wirkliche, aber aus dem Aequitäts-Charakter dieſer actio in factum leicht erklärliche, Ausnahme von dem Grundſatze der Subſidiarität begründet. Die übrigen, für die Nichtſubſidiarität der damni infecti cautio angeführten Geſetze ſind aber ganz unbeweiſend, denn ſie enthalten nur den von Niemanden bezweifelten Satz, daß allerdings die damni infecti stipulatio auch noch mit andren Rechtsmitteln, z. B. operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam, actio negatoria, konkurriren könne, wenn und ſoweit dieſelben nämlich einen von der damni infecti stipulatio verſchiedenen Zweck verfolgen („quia non est cautum neque de vitio aedium, neque de damno operis", l. 13. §. 10. h. t.), l. 17. §. 2. si serv. vind. (8, 5), l. 3. §. 6. quod vi aut clam (43, 24), vgl. auch l. 13. §. 10. h. t., l. 14. §. 3. de aqu. et aqu. pluv. arc. (39, 3), Heſſe, cautio S. 51 fgg., Rechtsverh. S. 122 fgg. Abgeſehen von der einzelnen vorher angegebenen Ausnahme muß demnach gewiß auch für das Juſtinianiſche Recht der Grundſatz gelten, daß der Anſpruch auf damni infecti stipulatio dann wegfällt, wenn dem Gefährdeten irgend andre Rechtsmittel zu Gebote ſtehen.

2) Der Anſpruch auf Kaution fällt auch dann hinweg, wenn derjenige, welcher ſie fordern wollte, früher die Stellung der Kaution in derſelben Sache verweigert, und deßhalb das Eigenthum derſelben an den Andren verloren hatte, l. 13. §. 11. h. t.

> *Ulp.* „Et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit; quae sententia vera est".

3) Endlich ſoll auch derjenige die Kaution nicht fordern dürfen, welcher ſelbſt das gefährdete Gebäude in dem Bewußtſein der drohenden Gefahr errichtet hat, oder welcher die gefährdende Anlage zugelaſſen hat, während er ſie hätte verbieten können, alſo mit einem Worte, welcher ſich durch eigene Schuld in die gefährliche Lage gebracht hat. So iſt doch wohl der Rechtsſatz zu faſſen, welcher aus der Entſcheidung in l. 13. §. 7. h. t. abgeleitet werden muß:

> *Ulp.* „Si quis juxta monumentum aedificaverit, vel juxta aedificium suum monumentum fieri passus sit, de damno infecto ei postea cavendum non erit, quia rem illicitam admisit",

vgl. Cic. de leg. II. 24, l. 3. de mortuo infer. (11, 8).

XI. Wir haben vorher geſehen, daß wegen der ſubſidiären Natur der damni infecti cautio mehrere Miteigenthümer unter einander dieſelbe nicht begehren können, l. 32. h. t. Von dieſer Regel nimmt man aber ſehr gewöhnlich eine

Ausnahme für den Fall an, wenn zwischen zwei angrenzenden Gebäuden eine gemeinsame Mauer (paries communis) vorkomme. Ich halte diese Ausnahme für ungegründet. Das zwar wissen wir, daß in solchem Falle eine damni inf. stipulatio vorzukommen pflegte, l. 39. pr. h. t.

> *Pompon.* „Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti *solet*",

daß also die Nachbarn aus freiem Willen sich eine solche oft bestellten; und auch das ist bekannt, daß, wenn eine solche stipulatio vorgekommen war, daraus eine wirksame Klage entstand, l. 43. §. 1. h. t.:

> *Alfen. Var.* „Respondit, non oportuisse eos, quum communem parietem aedificarent, inter se repromittere, neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse — —; sed, quoniam jam in totum repromisissent, omne, quod detrimenti vicinus fecisset, praestiturum";

und hieraus erklärt es sich hinlänglich, daß in unsren Gesetzen allerdings vielfach von der damni inf. cautio bei gemeinsamer Mauer die Rede ist, vgl. z. B. l. 28, 37, 39, 43. §. 1. h. t., l. 13. §. 1. de serv. praed. urb. (8, 2). Daß aber auch der Nachbar den Nachbarn zur Stellung der Kaution habe nöthigen können, das kann aus diesen Stellen nicht gefolgert werden, wenn man sich nicht in einen unauflöslichen Widerspruch mit l. 32. h. t. setzen will. Doch macht allerdings eine Stelle einige Schwierigkeit, nämlich die l. 39. pr. h. t., wo Pomponius in unmittelbarem Anschluß an die vorher ausgezogenen Worte so fortfährt:

> „Sed tunc ea cautio *necessaria est*, quum aut alter solus aedificat, et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet, et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin, si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur".

Ueber die mannigfachen Auslegungen vgl. z. B. die Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. und ad l. 40. §. 1. h. t. tom. VI. p. 172. 173. Ich für meinen Theil kann aber auch hier in den Worten: tunc cautio necessaria est, keine Hinweisung auf eine Zwangsverbindlichkeit der Nachbarn zur Stellung der Kaution finden, sondern m. E. ist der Sinn dieser Worte vielmehr der, daß hier die Fälle angeführt werden sollen, in denen die Stellung der Kaution einen eigentlichen Nutzen, einen reellen Werth habe, in denen sie also einem Bedürfniß der Nachbarn entgegen komme. Zwar kann der Nachbar auch in diesen hier angeführten Fällen sich in andrer Weise helfen, durch das judicium communi dividundo, oder durch prohibitio, oder durch selbsteigene Vornahme nöthiger Reparaturen, und eben deßhalb, weil ihm noch diese andren Mittel zu Gebote stehen, hat er kein Recht, die damni infecti cautio zu erzwingen; aber dessen ungeachtet bleibt es ihm, da die andren Mittel nicht selten Uebelstände mit sich führen, wünschenswerth, und erscheint demnach als eine Art von Bedürfniß, wenn ihm in der einfachsten Weise durch Stellung der Kaution geholfen wird. — Wie sehr für diese Auslegung die Schlußworte: alioquin, si aequale etc. sprechen, bedarf keiner Ausführung, da hier in augenscheinlichem Gegensatze zu dem vorher Gesagten auf das Zwecklose und Ueberflüssige der Kaution in den

andren Fällen hingedeutet wird. Ich finde diese Interpretation auch bei Hesse in der ersten latein. Ausg. seiner Schrift p. 31 sqq., während derselbe sie in der zweiten deutschen Ausgabe S. 42 fgg. wieder verlassen und mit einer andren, gewiß unhaltbaren vertauscht hat, vgl. auch dess. Rechtsverh. S. 106 fgg., und besonders bei Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtl. gemeinschaftl. Mauern. Brem. 1843. S. 54 fgg.; s. jetzt auch Groh a. a. O. S. 25 fgg.

II. Forderungsrechte auf Schadensersatz und Strafe.

1) Entwendung.

A) Furtum. §. 679.

Inst. IV. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur, Dig. XLVII. 2. de furtis, Cod. VI. 2. de furtis et servo corrupto. Unterholzner II. S. 675 fgg., Koch III. S. 955 fgg. — Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Bd. I. Nordh. 1806. (der erste, allein erschienene, Band dieses gründlichen Buchs enthält nur Untersuchungen über Natur und Wesen des Diebstals, namentlich über Begriff und Eintheilungen desselben; ein sehr vollständiges Verzeichniß der einzelnen Stellen des corp. jur., welche vom Diebstal handeln, s. S. 53 fgg.), *van Imhoff*, de furtis ad XII tab. et institutiones tum Gaii tum Justin. Gröning 1824, Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechts. Kempten 1834, Wächter in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 354 fgg. —

Ueber die *condictio furtiva:* Dig. XIII. 1, Cod. IV. 8. de condictione furtiva; Unterholzner II. S. 58 fgg., Koch a. a. O. — Glück XIII. S. 211 fgg. und die dort S. 218. Not. 95. Angeff., *Krug*, selecta de cond. furtiva capita. Lips. 1830, Voigt, cond. ob caus. S. 760 fgg.

1) *Paul.* l. 1. §. 3. h. t.: Furtum est contractatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere. Vgl. Roßhirt, über den Begriff des römischen furtum und des deutschen Diebstahls; im neuen Archiv des Crim. Rechts III. S. 73 fgg., Unterholzner, ausführl. Verjährungslehre Bd. I. S. 202 fgg., *Luden*, de furti notione sec. jus Rom. Jen. 1831, Holtius, Abhandll. Nr. 4.

2) *Ulp.* l. 7. §. 1. de cond. furt. (13, 1): *Furti actio* poenam petit legitimam, *condictio* rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem. — 3) §. ult. J. h. t.: Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre; sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

4) §. 14. J. de actionib. (4, 6): Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse actorem rem suam ita ab aliquo petere: *si paret, eum dare oportere*, nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur, *si paret, eos dare oportere*, quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit. Glück XIII. S. 211 fgg., Savigny, Syst. V. S. 553 fgg.

5) *Ulp.* l. 1. de cond. furt. (13, 1): In furtiva re soli domino condictio competit. Vgl. l. 14. §. 16. de furt. — 6) *Idem* l. 12. §. 2. de cond. furt.: Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, ei, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea surrepta est. L. 22. pr. de pignor. act. (13, 7). Vgl. Glück XIII. S. 222 fgg., v. Buchholtz, jur. Abhh. S. 340 fgg.

Anm. 1. — Gestützt auf die Definition des Paulus (T. 1), die im Wesentlichen auch in die Justinianischen Institutionen übergegangen ist, §. 1. J. h. t., nimmt man sehr allgemein an, die Römer hätten drei Arten des furtum unterschieden, ein furtum *rei ipsius*, ein furtum *usus* und ein furtum *possessionis*, und man streitet dann über die Fälle, welche zu der einen oder andren dieser drei Arten gerechnet werden müßten. Ich halte jene Annahme für irrig, und diesen Streit für ganz leer und unnütz. Von jener angeblichen Eintheilung kommt nämlich außer in jener Legaldefinition nirgends eine weitere Spur vor — denn der in l. 1. §. 15. si is, qui test. (47, 4) gebrauchte Ausdruck: Scaevola ait, *possessionis furtum* fieri, hat augenscheinlich auch nicht

die mindeſte Beziehung auf jene Eintheilung —, und am allerwenigſten wird an jene angebliche Eintheilung eine Verſchiedenheit der Rechtsnormen angeknüpft, worin doch begreiflich allein der reelle Werth einer ſolchen Eintheilung liegen würde; ſondern es werden ſowohl bei *Gaius* III. §. 195 sqq. (vgl. auch §. 6 sqq. J. h. t.), als auch insbeſondre in dem Pandektentitel de furtis die ſämmtlichen einzelnen Fälle des furtum, welche von unſren Juriſten unter jene drei Arten vertheilt werden, ohne irgend weitere Unterſcheidung neben einander geſtellt, und unbedenklich dieſelben rechtlichen Grundſätze darauf in Anwendung gebracht. Offenbar haben alſo jene kritiſchen Worte in der Definition des Paulus nicht die Bedeutung, auf drei beſtimmt abgegrenzte und durch techniſche Namen unterſchiedene Arten des Furtum hinzuweiſen, ſondern ſie ſind nur als ein Verſuch aufzufaſſen, mit kurzen Worten die hauptſächlichen verſchiedenen Richtungen dieſes Delikts anzudeuten, und dadurch vor einer zu engen Auffaſſung dieſes weitſchichtigen Begriffs zu warnen. Von dieſer Seite betrachtet hat denn auch jener Zuſatz in der Pauliniſchen Definition unbeſtreitbaren Werth, und wir werden, wenn wir uns den Begriff und den Umfang des römiſchen Furtum, alſo den objektiven Thatbeſtand deſſelben, verdeutlichen wollen, ſehr wohl thun, jene Andeutung von Paulus dabei zu Grunde zu legen, wobei wir aber immer feſthalten müſſen, daß Paulus ſchlechthin keine ſtreng abgegrenzten techniſchen Ausdrücke gebraucht hat, und ein zu ſtrenges Argumentiren aus den Worten hier alſo gewiß nicht am Platze iſt. Der Gedankengang des Juriſten in jener vielbeſprochenen Stelle iſt nun m. E. im Weſentlichen folgender. „Der Charakter des Furtum beſteht im Allgemeinen darin, daß Jemand ſich böslicher und habſüchtiger Weiſe an einer beweglichen Sache vergreift. Gewöhnlich geſchieht dies an fremden Sachen, ſei es nun, daß man ſich daran vergreift, um ſich das Eigenthum daran anzumaßen („ipsius rei"), oder ſei es, daß man dies nur in der Abſicht thut, die fremde Sache unbefugter Weiſe zu gebrauchen („usus"). Möglich iſt es aber auch, daß ſich Jemand an ſeiner eigenen Sache diebiſcher Weiſe vergreift, wozu jedoch in der Regel gehört, daß ſich dieſe Sache in dem gerechtfertigten Beſitze eines Andren befindet, und der Zweck des Vergreifens alſo meiſtens der ſein wird, dem andren die Beſitz-Vortheile zu entziehen („possessionis"). In allen dieſen Fällen iſt aber ein und daſſelbe wahre Furtum, mit denſelben rechtlichen Wirkungen vorhanden, und die ganze Unterſcheidung hat alſo nicht ſowohl den Zweck, eine Eintheilung zu begründen, als vielmehr nur eine genauere Begriffs-Entwicklung zu geben". — Wollen wir nun in Gemäßheit dieſer Pauliniſchen Begriffs-Entwicklung die einzelnen hauptſächlichen, in unſren Quellen bemerkten, Fälle des Furtum zuſammenſtellen, ſo werden wir uns zunächſt

I. zu dem hauptſächlichſten Falle wenden müſſen, wenn ſich Jemand diebiſcher Weiſe an einer fremden Sache vergreift, ein Fall, welcher ſo ſehr als der regelmäßige angeſehen wird, daß die Römer bei ihren Begriffs-Beſtimmungen meiſtens nur ihn im Auge haben, vgl. z. B. *Gai.* III. 195. (§. 6. J. h. t.):

> „Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa ***rem alienam*** amovet, sed generaliter, cum quis ***rem alienam invito domino contrectat***",

Paul. rec. sent. II. 31. §. 1:

„Fur est, qui dolo malo *rem alienam* contrectat",

Sabinus libr. III. jur. civil. (bei *Gell.* noct. Att. XI. c. ult.):

„Qui *alienam rem* attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur".

Bei dieſem furtum rei alienae ſind aber wieder zwei Hauptfälle zu unterſcheiden.

1) Gewöhnlich iſt hier die Abſicht des Diebs, jeden Andren ganz um die Sache zu bringen, und ſich ſelbſt alle Rechte an derſelben anzumaßen. Hierher gehört:

a) der eigentliche Diebſtal im engern Sinne d. W., wenn Jemand animo lucri faciendi die fremde Sache aus fremder Inhabung entwendet. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß dieſes der eigentliche urſprüngliche und Haupt-Fall des furtum iſt, an welchen ſich alle übrigen als bloſe Erweiterungen anſchließen.

b) Die Unterſchlagung, alſo das ſich Vergreifen an einer fremden Sache, die man ſchon in ſeiner Inhabung hat, wie z. B. wenn Depoſitare, Mandatare, Uſufruktuare u. dgl. ſich argliſtiger Weiſe Eigenthums-Beſitz anmaßen, l. 1. §. 2, l. 33, l. 43. §. 1, l. 46. §. 6, l. 52. §. 7. 16, l. 67. pr., l. 71. pr., l. 73. h. t., l. 29. pr. depos. (16, 3), l. 22. §. 7. mand. (17, 1), l. 1. §. 22, l. 2. §. 1. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 25. de donat. (39, 5), l. 3. §. 18. de acqu. v. am. poss. (41, 2), l. 3. C. h. t., l. 7. C. h. t. — Theophilus ad §. 1. J. de obl. quae ex del., und gleichlautend der Scholiaſt ad Basil. LX. 12. 1. (bei Fabr. VII. p. 315. schol. f., bei Heimb. V. p. 451. sch. 6) führen ſolche Unterſchlagungs-Fälle als Beiſpiele auf, um das *possessionis* in der Legaldefinition zu erläutern:

„*Περὶ νομὴν δέ, ὅτε τὸ δοθὲν ἐπὶ τῷ νέμεσθαι ὡς ἐνέχυρον ἢ ὡς δεπόσιτον, νέμομαι ὡς δεσπότης*" (*in possessione*, si quod datum est possidendum tamquam pignus vel tamquam depositum, possideo ut dominus),

und dies iſt denn die Veranlaſſung geweſen, daß manche neuere Juriſten in der Unterſchlagung das ſ. g. furtum possessionis finden wollen, vgl. beſ. Marezoll im ziv. Arch. VIII. S. 284 fgg. und v. Buchholtz, jur. Abhh. S. 323 fgg. (welcher Letztre S. 334 fgg. ſich auffallend genug ſo ausdrückt: „Derjenige begeht ein possessionis furtum, welcher — — — ſeine Detention oder ſeinen Interdikts-Beſitz in Uſukapionsbeſitz corpore et animo verwandeln will", und dazu wird noch in der Note bemerkt „Verwandlung der Detention in bloſen Interdiktbeſitz genügt noch nicht zum Begriffe des possessionis furtum, weil ja Theophilus verlangt, daß der possessionis fur als dominus beſitze". Welche Begriffe mag hier v. Buchholtz mit den Worten Interdikts- und Uſukapions-Beſitz verbunden haben?) Da aber bei der Unterſchlagung der Zweck und der Erfolg der diebiſchen Handlung ganz und gar derſelbe iſt, wie bei dem eigentlichen Diebſtale, nämlich Anmaßung der Sache ſelbſt in ihrer Totalität und faktiſche Aufhebung des geſammten Eigenthumsrechts, ſo kann ich in jenen Beiſpielen des Theophilus nichts als einen Mißgriff erkennen, welchen neuere Juriſten nicht hätten adoptiren ſollen.

c) Der ſ. g. Fundiebſtal, wenn Jemand verlorne oder in der Noth weggeworfene Sachen argliſtiger Weiſe ſich aneignet, l. 43. §. 4—11. h. t., l. 9. §. 8, l. 31. §. 1, l. 44. de acqu. rer. dom. (41, 1), §. ult. J. de rer. divis. (2, 1).

d) Hierher gehört auch, wenn Jemand wiſſentlich ein Indebitum annimmt, denn daß hier immer ein Furtum vorhanden ſei, iſt ſchon früher nachgewieſen worden, vgl. oben §. 625. Anm. 1. bei III. S. 398 fgg.

e) Eben ſo iſt es ferner ein Furtum, wenn Jemand mala fide eine fremde Sache veräußert, §. 3. J. de usuc. (2, 6), l. 16. C. h. t.

f) Endlich wird hierher ſelbſt auch gerechnet, wenn Jemand betrüglich eine Schuldurkunde durchſtreicht, um ſeinen Gläubiger um die Forderung zu bringen, l. 27. §. ult., l. 28. — l. 32, l. 52. §. 23. h. t., l. 41. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2). —

Vgl. überhaupt Klien a. a. O. S. 123 fgg. (welcher auch S. 133 fgg. über das Verhältniß des furtum zu dem stellionatus zu vergleichen iſt), Wächter a. a. O. S. 358 fgg.

2) Es kann aber auch das furtum rei alienae in der Art vorkommen, daß ſich Jemand an der fremden Sache nur in der Abſicht vergreift, um ſich einen widerrechtlichen Gebrauch derſelben anzumaßen, was namentlich auch dann der Fall iſt, wenn Jemand ein ihm zuſtehendes Gebrauchsrecht über die erlaubten Grenzen ausdehnt. Q. Scaevola libr. XVI. de jure civili ſagt hierüber in einer uns bei *Gell.*, noct. Att. VII. 15. erhaltenen Stelle:

„Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit, ad aliam rem atque acceperit, usus est, furti se obligavit".

Als die vorzüglichſten Beiſpiele dieſes furtum (ſ. g. furtum usus) werden in unſren Quellen erwähnt, wenn ein Depoſitar oder Fauſtpfandgläubiger die deponirten oder verpfändeten Sachen überhaupt gebraucht, oder wenn ein Kommodatar die kommodirte Sache weiter verleiht oder anders gebraucht, als im Vertrag beſtimmt war, §. 6. J. h. t., l. 40, l. 48. §. 4, l. 54. pr. §. 1, l. 76. pr., l. 82. pr. h. t., l. 5. §. 8. commod. (13, 6), l. 16. de condict. furt. (13, 1).

II. Möglicher Weiſe kann auch der Eigenthümer an ſeiner eigenen Sache ein Furtum begehen; und als Beiſpiele eines ſolchen furtum rei propriae kommen vor, wenn ein Pfandſchuldner die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger wegnimmt, *Gai.* III. 200. 204. §. 10. 14. J. h. t., l. 16. de pignor. act. (13, 7), l. 19. §. 5, l. 20. pr. h. t., oder ſie auch nur ohne Einwilligung des Pfandgläubigers veräußert, vgl. oben §. 384. Anm. 1. Bd. I. S. 870, oder wenn ſich der Proprietar dem Uſufruktuar gegenüber an ſeiner Sache vergreift, l. 15. §. 1, l. 20. §. 1. h. t. Hat der Andre blos in Folge eines obligatoriſchen Anſpruchs die Detention der Sache, ſo macht ſich der Eigenthümer nur dann eines Furtum ſchuldig, wenn der Inhaber ein Retentionsrecht ausüben konnte, l. 15. §. 2, l. 59. h. t., und dieſelbe Rückſicht entſcheidet auch über die Frage, inwiefern der Eigenthümer gegen den bonae fidei possessor ein Furtum begehe? l. 20. §. 1, l. 53. §. 4. h. t., Gai. III. 200. Alle dieſe Fälle des furtum rei propriae haben übrigens der Natur der Sache nach das Eigenthümliche, daß

dadurch die Sache nicht zu einer **res furtiva** wird, und also kein Usukapions-Hinderniß entsteht, s. oben Bd. I. S. 587. — Mir ist es nun nicht im Mindesten zweifelhaft, daß es gerade diese Fälle sind, auf welche Paulus in seiner Definition mit dem Worte ***possessionisve*** hindeuten will. Daß diese Ausdrucksweise wenigstens für die hauptsächlichsten derselben sehr zutreffend ist, leuchtet von selbst ein, denn, da dem Diebe die Sache selbst schon rechtlich zugehört, so sind es gerade nur die Besitzes-Vortheile, die den eigentlichen Gegenstand des Furtum ausmachen. Wenn man aber daraus, daß in den Quellen für Fälle dieser Art von einem **suae *rei* furtum** gesprochen wird, *Gai.* III. 200. §. 10. J. h. t., hat folgern wollen, daß sie doch kein ***possessionis*** furtum sein könnten, vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 328, so kann diese Argumentation allenfalls benutzt werden, um die Annahme eines festen Kunstausdrucks: furtum possessionis zu widerlegen, aber unsre Ansicht, daß Paulus mit dem Worte possessionis nur im Allgemeinen diese Richtung des Diebstals habe andeuten wollen, wird dadurch offenbar nicht getroffen.

Anm. 2. Schon unter den älteren Juristen wurde darüber gestritten, ob die condictio **ex causa furtiva**, oder, wie sie auch, obwohl seltner, in den Quellen genannt wird, die condictio furtiva, eine Deliktsklage sei, oder nicht? vgl. die Nachweisungen bei Glück XIII. S. 231, und auch unter den neueren Juristen herrscht ganz und gar keine Uebereinstimmung, vgl. z. B. Francke, Beiträge S. 31 fgg. (welcher sie entschieden für eine Deliktsklage erklärt), *Krug* l. c. cap. I. (welcher sie zwar ebenfalls in ihrer späteren Gestaltung für eine Deliktsklage hält, aber ihre mannigfachen Eigenheiten daraus ableiten will, daß sie ursprünglich eine Klage aus einem Abfindungs-Vertrage gewesen sei, und nur erst allmälig, und niemals ganz, ihren Charakter als Vertragsklage abgestreift habe), Windscheid, Lehrb. §. 453. Anm. 1. 5. verglichen mit §. 359. Anm. 18. und §. 425. (welcher sie für „eine Deliktsklage im Gewande eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung" erklärt), v. Savigny, Syst. V. S. 551 fgg. (welcher unsrer Klage die Eigenschaft einer Deliktsklage ganz abspricht). Ich nehme, namentlich nach den trefflichen Ausführungen Savigny's, vgl. auch Kierulff, Theorie des gem. Zivilr. I. S. 222. Anm., keinen Anstand, mich ebenfalls für diese letztre Ansicht zu erklären.

Allerdings zwar kann es keinen Zweifel leiden, daß die nothwendige Veranlassung zu der condictio **ex causa furtiva** ein Delikt ist, vgl. auch l. 21. §. 5. 6. **de act. rer. amotar.** (25, 2), l. 36. **de O. et A.** (44, 7), und auch das ist unleugbar, daß dieser Umstand nicht ohne wesentlichen Einfluß auf die Theorie derselben geblieben ist, denn daraus („odio furum") erklärt sich die in T. 4. ausgesprochene Anomalie, und eben so auch die in l. 1. C. h. t. (4, 8) bemerkte Eigenheit, daß, wenn Mehrere zusammen einen Diebstal verüben, dieselben solidarisch haften sollen, und eben darin finden auch offenbar die eigenthümlich strengen Grundsätze über den Umfang der Kondemnation ihren Grund, vgl. darüber auch *Krug* l. c. cap. II. p. 21 sqq. Dennoch aber ist die condictio **ex causa furtiva** keine Klage aus einem Delikt, sondern ihr Fundament ist das allgemeine der **condictiones sine causa**, die Thatsache der grundlosen Bereicherung eines Andren aus unsrem Vermögen, nicht anders, wie bei der

condictio indebiti, der condictio causa data causa non secuta u. A. m. Wenn auch für dieſe Anſicht nicht gerade beſondres Gewicht auf die Ausdrucksweiſe in l. 10. §. 2. de compens. (16, 2) gelegt werden ſoll, obwohl hier nicht undeutlich die condictio ex causa furtiva den Klagen ex maleficio entgegengeſetzt wird, ſo ſind doch folgende Gründe hierfür entſcheidend.

1) Wenn ein homo alieni juris ſich eines Furtum ſchuldig gemacht hat, ſo kann bis zum Belauf der Bereicherung gegen den Gewalthaber *de peculio* geklagt werden, l. 4, l. 19. h. t. (13, 1), l. 3. §. 12. de pecul. (15, 1), l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1), während nach einem bekannten Grundſatze des römiſchen Rechts nur aus Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältniſſen die actio de peculio Statt findet, und bei Delikten eine Noxalklage angewendet werden muß. Beſonders bezeichnend iſt hier auch der Ausdruck in l. 30. pr. cit.

„— — condictio eo nomine mihi adversus te competit, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit*".

Wenn übrigens aus l. 4. h. t.:

Ulp. „Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenit; *in residuum noxae servum dominus dedere potest*"

den Anſchein gewinnt, daß die condictio furtiva auch als Noxalklage gegen den Herrn angeſtellt werden dürfe, weshalb z. B. von einem Scholiaſten zu den Baſiliken (LX. 10. 4. bei Fabr. VII. p. 252. schol. n., bei Heimb. V. p. 427. schol. I) unſrer Klage eine gemiſchte Natur zugeſchrieben wird:

„Nota, quod condictio furtiva habet imaginem contractus, quatenus in peculium, et delicti, quatenus in noxam movetur. Habet et alia in re imaginem contractus, quod ea post libertatem non teneatur servus, ut cap. 15, *et quodammodo mixta est*",

vgl. auch schol. o. eod., ſo halte ich dieſe Annahme mit Savigny S. 562 fgg. für unnöthig, da die Worte: in residuum rel. unbedenklich auch von der *actio furti* verſtanden werden können.

2) Wenn der Sklave, welcher geſtolen hat, freigelaſſen wird, ſo kann die condictio furtiva nicht gegen ihn angeſtellt werden, l. 15. h. t.:

Cels. „Quod ab alio servus surripuit, ejus nomine liber furti tenetur; *condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit*",

was ganz konſequent iſt, wenn die Klage auf einem kontraktsähnlichen Grunde beruht, was aber bei einer Deliktsklage ganz unbegreiflich ſein würde. Gerade aus dieſem Hauptgrunde wird denn auch in mehreren Scholien zu den Baſiliken der condictio furtiva der Charakter einer Deliktsklage geradezu abgeſprochen, vgl. außer dem ſchon vorher ausgezogenen schol. auch noch insbeſ. Basil. LX. 10. 15. schol. g. bei Fabr. VII. p. 267. (bei Heimb. schol. I, tom. V. p. 441):

„Servus post furtum manumissus furti tenetur, non condictione furtiva, nisi nunc rem contrectet. *Nota quod condictio furtiva non descendit ex delicto*, quaere cap. 4. et 19."

und schol. h. bei Fabr. l. c.:

„Tenetur enim furti post libertatem ex regula: Noxa caput sequitur.

Ob id vero non tenetur condictione, quaere lib. 24. tit. 5. cap. ult., *quia non videtur esse ex delicto*, et servus ex contractibus habitis in servitute non tenetur post libertatem, ex delictis etiam tenetur manumissus; et ideo furti merito tenetur post libertatem, cum sit ex delicto, *non condictione furtiva, quae contractibus comparatur*".

3) Wenn ein Sklave seinen eigenen Herrn bestiehlt, so entsteht daraus eine wirksame obligatio (naturalis), wodurch namentlich das Peculium vermindert wird, l. 30. pr. de act. emt. vend. (19, 1), während bekanntlich eine obligatio ex maleficio zwischen dem Herrn und seinem Sklaven unmöglich ist.

4) Daraus, daß die condictio ex causa furtiva keine Deliktsklage ist, erklärt sich denn auch am Einfachsten der bekannte Satz, daß dieselbe auch gegen die Erben des Diebes auf das Ganze, nicht blos bis zum Belaufe der Bereicherung übergeht (s. oben Bd. I. S. 215 fg.), und eben so erscheint es unter jener Voraussetzung auch ganz konsequent, daß die condictio nicht auch gegen die Gehülfen und Rathgeber des Diebes angestellt werden kann, l. 6. h. t. (13, 1) (gegen welche völlig unzweideutige Stelle der vage Ausspruch der l. 53. §. 3. de V. S. um so weniger ins Gewicht fällt, da hier unsre Frage nur ganz gelegentlich in einer hingeworfenen Bemerkung berührt wird, während sie in der l. 6. cit. ex professo zur Entscheidung kommt; a. M. ist jedoch Windscheid, Lehrb. §. 453. Not. 5), obwohl das Delikt von diesen ganz eben so, wie von dem Diebe selbst begangen wird, und deßhalb auch die actio furti unbedenklich gegen dieselben statthaft ist. —

Nach allen Diesem stimme ich vollkommen dem Ausspruche von Bachov und Lauterbach bei: condictionem furtivam esse actionem, quae quidem ob delictum datur, sed non ex illo nascitur, ita ut delictum tantum sit causa sine qua non hujus actionis, non autem vera causa efficiens, cf. *Lauterb.*, de transitione action. §. XXXV. (in Dissertt. acad. vol. III. p. 963), *Ejusd.*, colleg. theor. pract. lib. XIII. tit. 1. §. V.

B) Raub. §. 680.

Inst. IV. 2. vi bonorum raptorum, Dig. XLVII. 8. vi bonorum raptorum et de turba, Cod. IX. 33. vi bonorum raptorum. — Unterholzner II. S. 724 fgg., Koch III. S. 962 fgg. Ueber das Geschichtliche vgl. v. Savigny, über Cic. pro Tullio und die actio vi bon. rapt. (in der gesch. Zeitschr. V. S. 123 fgg., und mit einigen kleinen Zusätzen in dessen vermischten Schriften Bd. III. S. 228 fgg.), *Ph. E. Huschke* in Im. G. Huschke, Analecta literar. Lips. 1826. p. 76 sqq. besonders p. 183 sqq. (Excurs. I. de vi bonor. raptor. judicio), Breitenbach, das Verbrechen des Raubs nach röm. Rechte. München 1839, *Keller*, Semestr. ad M. Tull. Ciceron. lib. III. Tur. 1851.

1) *Ulp.* l. 2. pr. h. t.: Praetor ait: *Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum qui id fecisse dicetur, judicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum judicium noxale dabo.*

2) Pr. J. h. t.: Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur *vi bonorum raptorum* [cf. l. 2. §. 17. h. t.] et est intra annum quadrupli, post annum simpli. — — — Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. §. 19 J. de act. (4, 6), l. 1. C. h. t. cf. Gai. IV. 8: Poenam tantum consequimur velut actione furti, et injuriarium, et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum, nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit. — 3) *Ulp.* l. 2. §. 13. h. t.: In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest.

2) Beſchädigung.

A) Beſchädigung durch Menſchen.

a) Damnum injuria datum (lex Aquilia). §. 681.

Inst. IV. 3. de lege Aquilia, Dig. IX. 2. ad legem Aquiliam, Cod. III. 35. de lege Aquilia. — Glück X. S. 306 fgg. und die dort in Not. 18. Angeff., Unterholzner II. S. 690 fgg., Koch III. S. 965 fgg., *Molitor* III. p. 145 sqq., Heimbach in Weiſke's Rechtslex. IX. S. 630 fgg. — v. Löhr, Theorie der Culpa. Abſchnitt II. S. 81 fgg., Haſſe, die Culpa des röm. Rechts. §. 5—15, *Vollgraff*, de lege Aquilia. Marb. 1820, A. Pernice, zur Lehre von den Sachbeſchädigungen nach röm. R. Weimar 1867 (die Schrift von Lueder, die Vermögensbeſchädigung. Leipz. 1867 behandelt blos die kriminaliſtiſche Seite der Lehre ohne Berückſichtigung des röm. Rechts). — Vgl. auch Kritz, Rechtsfälle Bd. III.

Nr. 10. („Beitrag zur Berichtigung der Theorie von der heutigen Anwendbarkeit der l. Aquil.«), Buſch, Beiträge zur Lehre vom damnum injur. datum, im ziv. Arch. XLV. S. 139 fgg., Derſ., Stimme der Praxis. S. 204 fgg.

1) *Gai.* l. 2. pr. h. t.: Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.* §. 1. Et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset. — (Das: quadrupedem *vel* pecudem hat vielen Anſtoß erregt. Die Meiſten wollen hier: quadrupedem*ve* pecudem emendiren, vgl. die zahlreichen Nachweiſungen bei Glück X. S. 353. Not 36. und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 372, und ſ. auch Pernice S. 13. Doch wollen Andre die handſchriftliche Leſart beibehalten, und dadurch rechtfertigen, daß ſie entweder mit der Gloſſe vel für *id est* nehmen, oder mit *Bynkershoek*, Obss. IV. 18. und de reb. mancipi c. 6. glauben, daß hier wirklich zwei verſchiedene Arten von Thieren, nämlich *quadrupedes* (das ſollen blos Zug- und Laſtthiere ſein!) und *pecudes* (das Heerdenvieh) aufgeführt und beide unter das erſte Kapitel der lex Aquilia geſtellt werden ſollten. Daß dieſe letzteren Erklärungen unrichtig ſind, bezweifelt h. z. T. wohl Niemand mehr. Ich halte aber auch jene Emendation für überflüſſig. Erwägt man, daß quadrupedem hier ein bloſes Adjektiv iſt, ſo durfte ganz ſprachrichtig das *vel*, welches dazu beſtimmt war, die beiden Hauptfälle des erſten Kapitels — Tödtung von Sklaven und Tödtung von Thieren — von einander zu trennen, eben ſo gut hinter als vor das Wort quadrupedem geſetzt werden; daß das Erſtre geſchah, mochte den einfachen Grund haben, um nicht *ve* und *vel* unmittelbar an einander zu reihen).

2) *Ulp.* l. 27. §. 4. h. t.: Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. cf. §. 12. J. h. t.: Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Ueber die vielfachen Konjekturen in Betreff dieſes 2. Kapitels ſ. die Nachweiſungen bei Glück X. S. 360 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 27. cit. tom. II. p. 395 sqq., Haſſe, Kulpa S. 71 fgg., *Vollgraff* l. c. p. 6 sqq. Für uns iſt das Räthſel gelöſ't durch *Gai.* III. 215: Capite secundo in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem

stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur; vgl. Huſchke, Gaius S. 107 fgg.

3) *Ulp.* l. 27. §. 5. h. t.: Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudes occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

4) §. ult. J. h. t.: Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue *corpore suo* damnum dederit; ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, *utiles actiones* dari solent, veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua corporis parte laesus fuerit, utilis actio in eum datur. — — — Sed si non corpore damnum datum *neque corpus laesum fuerit,* sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. (Bei Gaius III. 219, woraus im Uebrigen dieſe Stelle entlehnt iſt, fehlt der ganze Schlußſatz von: Sed si non corpore etc. an). — 5) *Paul.* l. 33. §. 1. h. t.: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio. — 6) *Pompon.* l. 11. de praescr. verb. et in factum act. (19, 5): Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest: *quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accomodatas legi Aquiliae;* idque utilitas ejus legis exigit.

7) *Ulp.* l. 44. pr. h. t.: In lege Aquilia et levissima culpa venit. -- Haſſe, Kulpa S. 84 fgg.

Anm. 1. Die lex Aquilia -- nach dem freilich nicht zuverläſſigen Zeugniß von *Theoph.* IV. 3. 15, welches durch den Scholiaſten zu den Baſiliken, LX. 3. 1. bei Fabr. tom. VII. p. 66. schol. b, bei Heimb. V p. 263. schol. 1. weit eher entkräftet als unterſtützt wird, ein zur Zeit des [dritten]

Auszugs der Plebejer, also im J. 467. d. St. zu Stande gekommenes Plebiszit, vgl. Pernice S. 15 fgg. — hob alle früheren gesetzlichen Bestimmungen über damnum injuria datum (s. darüber Pernice S. 1 fgg.) auf, l. 1. pr. h. t., und sie mit ihrer interpretatio ist also die einzige Norm für dieses umfassende und wichtige Privatdelikt.

I. Die lex Aquilia enthielt in ihrem ersten und dritten Kapitel — das zweite hat für uns kein praktisches Interesse mehr, vgl. T. 2. — folgende Bestimmungen.

1) Nach dem ersten Kapitel soll derjenige, welcher einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin, oder ein vierfüßiges zu dem Heerdenvieh gehöriges Thier schuldvoller Weise tödtet, dem Eigenthümer soviel zu ersetzen schuldig sein, als der Sklave oder das Thier innerhalb des letzten Jahres am meisten werth war, T. 1. Zu dem vierfüßigen Heerdenvieh aber werden gerechnet Rindvieh, Schafe, Ziegen, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, und im späteren Rom auch Kameele und Elephanten, l. 2. §. 2. h. t., §. 1. J. h. t. — Ueber die eigenthümliche Berechnung des Schadens, daß hier der höchste Werth in Anschlag kommt, welchen der getödtete Sklave oder das getödtete Thier während des ganzen letzten Jahrs hatten, vgl. noch pr. §. 9. J. h. t., §. 19. J. de act. (4, 6), l. 21. pr. §. 1, l. 23. §. 2 sqq., l. 51. §. 2, l. 55. h. t., Pernice S. 238 fgg.

2) Im dritten Kapitel wird verfügt, daß, wenn Jemand außer Tödtung von Sklaven oder pecudes einen andren Schaden dadurch verursacht hat, „*quod usserit, fregerit, ruperit injuria*“, derselbe dem Eigenthümer so viel ersetzen soll, „quanti ea res erit in diebus XXX proximis“ (T. 3). Hier wurde aber von jeher bei den Römern das *ruperit* für *corruperit* genommen, und man gelangte dadurch zu dem wichtigen Satze, daß nicht blos der Schaden unter die Worte des dritten Kapitels falle, welcher durch Brennen und Brechen angerichtet werde, sondern jede Beschädigung, welche durch unmittelbare körperliche Einwirkung der Substanz einer fremden Sache zugefügt werde (damnum *corpore corpori* datum), l. 27. §. 13 sqq., Gai. III. 217, §. 13. J. h t. Und was die Strafsanktion in diesem dritten Kapitel anbelangt, so stand zwar im Gesetze nicht, wie im ersten Kapitel, quanti *plurimi*, sondern nur: quanti ea res erit, aber es wurde doch, besonders auf die Auktorität von Sabinus, die Meinung herrschend, daß auch hier das *plurimi* subintelligirt werden müsse, Gai. III. 218, §. 15. J. h. t., l. 29. §. 8. h. t, so daß die Schadens-Berechnung sich nur dadurch von der des ersten Kapitels unterscheidet, daß bei Ausmittlung des höchsten Werthes nicht 365, sondern nur 30 Tage zurückgegangen werden darf.

3) Die lex Aquilia enthielt aber nicht blos insofern Strafbestimmungen, daß darnach die vorher angedeuteten eigenthümlichen Schärfungen in Betreff der Berechnung des Schadens eintreten sollen, sondern die Klage ist auch noch insofern eine poenalis actio, daß darnach der Thäter immer schon als verurtheilt gilt („damnas esto dare“), und in Folge davon der Leugnende auf das Doppelte kondemnirt werden soll, Gai. III. 216, IV. 9. 171, Paul. I. 19. 1, §. 7. J. de oblig. quae quasi ex contr. (3, 28), §. 19. 23. 26. J. de act. (4, 6), l. 2. §. 1, l. 23. §. 10. h. t., l. 4. 5. C. h. t., Nov. 18. c. 5. Vgl. auch

Sell in ſein. Jahrbb. II. S. 43 fgg, und beſ. Rudorff in der geſch. Zeitſchr. XIV. S. 374 fgg.

II. Dieſes Recht der lex Aquilia wurde aber durch Doktrin und Praxis weit über den Wortverſtand des Geſetzes hinaus ausgedehnt, indem in ſehr vielen Fällen, in denen nach dem Buchſtaben des Geſetzes eine Klage verſagt werden müßte, im Geiſte deſſelben durch utiles actiones oder durch in factum actiones legi Aquiliae accommodatae dem Beſchädigten Hülfe gewährt wurde.

1) Nach den Worten der lex Aquilia, ſowohl im erſten als im dritten Kapitel, ſteht die Klage blos dem Eigenthümer der beſchädigten Sache zu („*domino* dare damnas esto") L. 1. 3, vgl. l. 11. §. 6, l. 13. pr., l. 43. h. t., Pernice S. 183 fgg. Eine angewandte Klage (utilis oder in factum actio) wird aber auch dem gutgläubigen Beſitzer, l. 11. §. 8, l. 17. pr. h. t. (vgl. darüber noch Jhering, Abhh. S. 116, Mommſen, Beiträge II S. 242 fgg., Pernice S. 190 fgg.) und einem jeden dinglich Berechtigten eingeräumt, wie namentlich dem Uſufruktuar, l. 11. §. 10, l. 12. h. t., l. 17. § 3. de usufr. (7, 1), dem Uſuar, l. 11. §. 10. h. t., dem Pfandgläubiger, l. 17. pr., l. 30. §. 1. h. t., für welchen letztren Fall jedoch als Regel gilt, daß der Gläubiger nur dann ex lege Aquilia klagen kann, wenn er durch die Beſchädigung der Pfandſache einen effektiven Schaden erlitten hat, alſo namentlich, wenn der Schuldner inſolvend iſt, oder er ſeine perſönliche Klage gegen denſelben verloren hat, und ferner daß das Intereſſe, welches der Pfandgläubiger einklagt, auf die Schuld abzurechnen iſt, und alſo dem Schuldner zu Gute kommt, weßhalb dieſer dann gegen den Thäter nur noch auf ſoviel klagen kann, als ſein Anſpruch das Intereſſe des Pfandgläubigers überſteigt, l 30. §. 1. cit.; Sintenis, Pfandr. S. 593 fgg., Stölzel im ziv. Arch. XXXIX. S 47 fgg., Schmid, Zeſſion I. S. 171 fgg., Dernburg, Pfandr. II. S. 402 fgg., Pernice S. 200 fgg. Alle dieſe Perſonen können die Klage ſogar gegen den Eigenthümer ſelbſt anſtellen, was bei dem Uſufruktuar und den übrigen dinglich Berechtigten gar keine Schwierigkeit macht, l. 12. h. t.:

> *Paul.* „Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione ususfructus [cf. Glück a. a. O. S. 372. Not. 12, Pernice S. 199 fg.], ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum ususfructus meus fuit",

vgl. auch l. 27. de pignor. (20, 1), was aber auch eben ſo bei dem gutgläubigen Beſitzer angenommen werden muß, l. 17. pr. h. t.:

> *Ulp.* „Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur",

indem dieſer von dem Eigenthümer nicht nur wegen etwa aufgewendeter nöthiger oder nützlicher Verwendungen, ſondern auch wegen verlornen Eviktions-Anſpruchs Erſatzleiſtung fordern kann, vgl. Schol. ad Basil. LX. 3. 17, bei Fabr. VII. p. 80. schol. b., bei Heimb. V. p. 280. sch. 3, Glück a. a. O. S. 372. Not. 11, v. Madai im ziv. Arch. XXVI. S. 219 fgg., Pernice S. 196 fgg., und ſ auch noch v. Löhr in ſeinem Magaz. Bd. IV. S. 521 fgg, Stölzel cit. S. 68 fg. Not. 69. und Schmid a. a. O. S. 175 fg. — Wenn übrigens

Manche, z. B. Schöman, Handb. I. S. 213 fgg, vgl. auch Glück a. a. O. S. 374 fgg. und Pernice S. 206 fgg. ſelbſt demjenigen eine utilis actio leg. Aquiliae einräumen wollen, welcher nur ein obligatoriſches Recht an der beſchädigten Sache hat, ſo iſt dieſes gewiß irrig, vgl. l. 11. §. 9. h. t. und arg. l. 18. §. ult de dolo (4, 3), l. 13. §. 12. de act. emt. vend. (19, 1), und nur die eine, leicht begreifliche Ausnahme läßt ſich rechtfertigen, daß dem Pachter eine Klage dann zuſtehen ſoll, wenn auf dem Felde ſtehende Früchte beſchädigt worden ſind, l. 27. §. 14. h. t.; vgl. auch Haſſe, Kulpa S. 322 fgg. Not. a., Zimmern, Noralklagen S. 10 fgg., v. Löhr a. a. O.

2) Das erſte Kapitel der l. A. ſagte: „qui occiderit“. Dieſes Wort erläutert Ulpian in l. 7. §. 1. h. t. ſo: „occisum autem accipere debemus, sive gladio, sive etiam fuste vel alio telo, vel manibus, si forte strangulavit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter“. Es gehören dahin alſo nur Fälle unmittelbarer Tödtung, und derjenige, welcher nur mittelbar den Tod eines Sklaven oder eines Thieres herbeiführte („qui mortis causam praestitit“), konnte nicht unter die Worte des Geſetzes ſubſumirt werden; aber nach dem Geiſte deſſelben wurde unbedenklich eine der l. Aquilia nachgebildete Klage eingeräumt, l. 7. §. 6. h. t.:

> *Ulp.* „Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam praestiterit, ut, qui mortis causam praestiterit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde affert eum, qui venenum pro medicamento dedit, et ait, causam mortis praestitisse, quemadmodum eum, qui furenti gladium porrexit, nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum“.

Andre Beiſpiele ſind, wenn Jemand einen Sklaven oder ein pecus dem Tode durch Verhungern oder Erfrieren Preis gibt, §. ult. J. h. t. (L. 4), l. 9. §. 2, l. 29. §. 7. h. t., l. 14. §. 1. de praescr. verb. et in factum actionib. (19, 5), l. 2. §. 20. vi bon. rapt. (47, 8), wenn er ihn in einen Hinterhalt lockt, um von einem Andren getödtet zu werden, l. 9. §. 3. h. t., wenn er ihn feſthält, während ein Andrer ihn tödtet, l. 11. §. 1. h. t. u. dgl. m., vgl. auch l. 9. pr. § 1, l 53. h. t., l. 4. vgl. mit l. 3. §. 1. de servo corr. (11, 3), l. 13. pr. locati (19, 2), l. 51. de furt. (47, 2), Pernice S. 148 fgg. Ganz ähnlich, wie das erſte Kapitel wurde auch das dritte weit über den Wortſinn ausgedehnt. Während nämlich das Geſetz nur von urere, frangere, rumpere ſprach, alſo nur von unmittelbaren Sachbeſchädigungen, und man auch bei der interpretatio des Geſetzes die Schranke der Regel nach feſthielt, daß immer ein Verderben oder Vernichten einer Sache, alſo ein damnum *corpori* datum vorausgeſetzt werde, ſo wurde doch im Geiſte des Geſetzes eine angepaßte Klage überall dann gegeben, wenn auch jene Beſchädigung nicht durch unmittelbare körperliche Einwirkung, ſondern nur dadurch herbeigeführt wurde, daß Jemand ſchuldvoller Weiſe causam s. occasionem damni praestitit. Man ſah alſo auch bei dem dritten Kapitel davon ab, daß es ein damnum corpore datum ſein müſſe, und begnügte ſich mit einem damnum corpori datum. Wenn Jemand einen Andren anſtößt, ſo daß dieſer dadurch einen Schaden ſtiftet, l. 7. §. 3. h. t., wenn Jemand ein Thier reizt, und dieſes in Folge davon

etwas beſchädigt, l. 11. §. 5. h. t., l. 1. §. 7. si quadrupes (9, 1), wenn Jemand ein Seil, an welchem ein Schiff befeſtigt war, durchſchneidet, und das ſich ſelbſt überlaſſene Schiff beſchädigt oder vernichtet wird, l. 29. §. 5. h. t., wenn Jemand unvorſichtig Feuer auf ſeinem Grund und Boden anzündet, und dadurch das Nachbarhaus abbrennt, l. 30. §. 3. h. t., vgl. Collat. leg. Mos. et Rom. XII. 7. §. 4—6, wenn Jemand ſein Vieh des Nachbars herübergefallenes Obſt wegfreſſen, oder wenn er es auf fremdem Boden weiden läßt, l. 14. §. 3. de praeser. verb. (19, 5), l. 6. C. h. t. u. dgl. m., ſo iſt zwar in allen dieſen Fällen kein damnum corpore datum vorhanden, aber dennoch iſt gegen den Beſchädiger ex sententia legis Aquiliae eine Klage begründet, vgl. auch §. ult. J. h. t., l. 27. §. 10. 11, l. 49. §. 1. h. t., l. 1. §. 5. si quadrupes (9, 1), l 52. §. 20. de furt. (47, 2), Pernice S. 152 fgg. (Ueber l. 57. locati 19, 2) vgl. v. Löhr, Beiträge zu der Theorie der Kulpa S. 158 fgg., Haſſe, Kulpa S. 40 fgg. Not. b., Zimmern, Noralklagen S. 2 fgg, Pernice S. 176 fgg.) — Obwohl nun hiernach keine unmittelbare körperliche Einwirkung des Beſchädigers vorausgeſetzt wird, ſo gingen doch die Römer begreiflich niemals ſo weit, daß ſie auch wegen eines durch bloſe Unterlaſſungen herbeigeführten Schadens die Aquiliſche Klage zugelaſſen hätten, l. 13. §. 2. de usufr. (7, 2):

> *Ulp.* „— — -- sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio — — —; nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur“,

und damit ſteht auch augenſcheinlich nicht im Widerſpruch, daß doch dann die Aquiliſche Klage zugelaſſen wird, wenn Jemand die nachtheiligen Folgen einer an ſich ganz erlaubten poſitiven Handlung abzuwenden unterläßt, wie z. B. wenn ein Chirurg eine an ſich heilſame Operation vornimmt, und dann den operirten Sklaven im Stich läßt, l. 6. J. h. t., l. 8. pr. h. t., oder wenn Jemand Feuer in einem Schmelzofen anzündet, und er ſelbſt, oder ein Andrer, dem die Bewachung obliegt, dabei einſchläft, und in Folge davon das Haus abbrennt, l. 27. §. 9. h. t., Coll. leg. Mos. et Rom. XII. 7. §. 7; und eben ſo iſt es auch kein Widerſpruch mit dem obigen Satze, daß die Aquiliſche Klage gegen denjenigen Platz greift, welcher bei einer an ſich erlaubten Handlung die nöthigen Vorſichtsmaßregeln unterläßt, z. B. beim Abhauen von Baumäſten, oder bei dem Decken eines Dachs die üblichen Warnungs-Zeichen nicht aufſteckt, und nun Jemand beſchädigt wird, §. 5. J. h. t., l. 31. h. t. Vgl. jedoch auch Buſch a. d. aa. OO. und Pernice S. 164 fgg.

3) Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß zur Begründung einer Aquiliſchen Klage immer ein damnum corpori datum vorausgeſetzt wurde. So gewiß es nun auch iſt, daß im Ganzen das römiſche Recht immer hierbei ſtehen geblieben iſt, ſo wurde doch im Geiſte der lex Aquilia eine actio in factum auch in einigen Fällen gegeben, in denen von einer rei corruptio nicht eigentlich die Rede ſein konnte, in denen aber doch für den Beſchädigten derſelbe Effekt eintrat, wie wenn ſeine Sachen wirklich verderbt oder vernichtet wären. Es ſind dies folgende:

a) Wenn Jemand, ohne den animus lucri faciendi zu haben, mich

meiner Sache beraubt; z. B. er ſchlägt mich auf die Hand, ſo daß das Geld, was ich darin habe, herabfällt, und verloren geht, oder er wirft meine Sache in's Meer oder ſonſt an einen unwegſamen Ort, oder er verhilft meinem gefeſſelten Sklaven oder Thiere zur Flucht u. dgl. m., §. ult. J. h. t., l. 27. §. 21. h. t., l. 7. §. 7. de dolo malo (4, 3), l. 14. pr. §. 2. de praescr. verb. (19, 5), l. 55. de acqu. rer. dom. (41, 1), l. 50. §. 4. de furt. (47, 2)

b) Wenn Jemand zwar nicht eigentlich die Subſtanz meiner Sache verderbt, aber doch den Werth derſelben dadurch vermindert hat, daß er damit andere, ſchwer oder gar nicht wieder abzuſondernde Sachen vermengt hat, l. 27 §. 20. h. t.:

Ulp. „Item si quis frumento arenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit", vgl. l. 27. §. 14. eod.

c) Wenn Jemand meine zum Aufbrauch beſtimmten Sachen aufgebraucht hat, ſo kann gewiß von einem rumpere oder corrumpere nicht eigentlich die Rede ſein, aber dennoch wird eine utilis actio eingeräumt, l. 30. §. 2. h t.:

Paul. „Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum injuria dare, ideoque utilis danda est actio". —

Es iſt augenſcheinlich, daß nur auf ſolche, beſonders qualifizirte Fälle, wie ſie hier unter Nr. 3. zuſammengeſtellt ſind, der ſcheinbar allgemeine Ausdruck in §. ult. J. h t. (T. 4): „sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuit, *sed alio modo damnum alicui contigerit*" bezogen werden darf, und es iſt ſchlechthin verwerflich, wenn Manche daraus für das Juſtinianiſche Recht die allgemeine Regel haben ableiten wollen, daß jetzt immer eine actio in factum gebraucht werden könne, wenn uns in irgend einer Weiſe — alſo ganz abgeſehen von der Sach-Beſchädigung! — durch die Verſchuldung Jemandes ein Schaden zugefügt worden ſei. Für eine ſolche ſchrankenloſe Ausdehnung darf auch gewiß nicht die l. 33. §. 1. h. t. (T. 5) angeführt werden, indem hier Paulus offenbar nichts weiter ſagen will, als daß die lex Aquilia — natürlich in den dazu geeigneten Fällen — durch die actio in factum ergänzt werde.

4) Endlich kommt eine eigenthümliche Erweiterung der lex Aquilia auch noch inſofern vor, daß die angewandte Klage auch dann Platz greifen ſoll, wenn ein freier Menſch an ſeinem Leibe beſchädigt worden iſt. Iſt der Beſchädigte sui juris, ſo ſtellt er ſelbſt dieſe Klage an, l. 13. pr. h. t.:

Ulp. „Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem, directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur".

Iſt er aber noch in väterlicher Gewalt, ſo wird dem paterfamilias dieſe Klage geſtattet, l. 5. §. ult., l. 6, l. 7. pr. h. t. — Wenn h. z. T. eine ſehr verbreitete Praxis auch der Wittwe und den Kindern eines Getödteten die Aquiliſche Klage einräumen will, vgl. Glück a. a. O S. 341 fgg., und die dort in Not. 13. zahlreich Angeff., ſo läßt ſich dies theoretiſch gewiß nicht rechtfertigen. —

Alle die bisher unter II. zuſammengeſtellten Erweiterungen des Aquiliſchen

Geſetzes in ſubjektiver, wie in objektiver Beziehung werden theils durch utilis actio legis Aquiliae, theils durch eine actio in factum realiſirt. Das Verhältniß dieſer beiden Klagen zu einander iſt aber dunkel. Nach den Angaben Juſtinian's in §. ult. J. h. t. (T. 4) ſollte man glauben, daß bei einem damnum corpori sed non corpore datum ſtets die utilis actio, und nur bei einem damnum, welches auch nicht einmal corpori datum iſt, die actio in factum Platz greifen müſſe. Von dieſer Unterſcheidung der beiden Klagen weiß aber Gaius III. 219. nichts, und die Pandekten ſind entſchieden dagegen, indem da in ſehr vielen Fällen des damnum corpori datum eine actio in factum zugelaſſen wird, vgl. die Zitate bei Nr. 2. Ueberhaupt ſcheint hierbei gar keine feſte Regel beobachtet worden zu ſein, und nur ſoviel dürfte ſich behaupten laſſen, daß in allen Fällen, in denen die lex Aquilia über ihren urſprünglichen Wortſinn hinaus ausgedehnt wurde, eine actio in factum anwendbar war, vgl. auch T. 5. und 6, während die Formulirung der Klage als utilis actio gewiß nur in beſchränkterem Umfange Statt fand, vgl. auch Schol. ad Basil. LX. 3. 63. bei Fabr. VII. p. 116. schol. e, bei Heimb. V. p. 324. schol. 3:

„Nota etiam ex hoc capite, aliud esse in factum, et aliud utilem Aquiliam. Utilis quidem Aquilia est in factum; at in factum non est utilis Aquilia; haec enim latius patet et aliis casibus competit".

Die ſchärfere Begrenzung dieſer Fälle gewährt aber kein beſondres Intereſſe, indem meiner Ueberzeugung nach zwiſchen der actio utilis und der actio in factum ein bloßer Formel-Unterſchied Statt fand. Zwar glauben Viele, daß auch ein materieller Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Klagen inſofern begründet ſei, daß die *utilis* actio ſämmtliche Eigenheiten der actio directa beibehalte — namentlich den eigenthümlichen Maaßſtab bei der Verurtheilung, l. 12. h. t., und die Verurtheilung des Leugnenden in das Doppelte, l. 5. C. h. t., *Basil.* LX. 3. 62 —, während die actio *in factum* nur einfach ohne jene Eigenheiten auf Schadenserſatz gehe, vgl. z. B. die bei Glück a. a. O. S. 337. Angeff., und unter den Neuern Thibaut, Syſt. §. 622. und Mühlenbruch, Zeſſion S. 160 fgg. Not. Da aber auf dieſe angebliche Verſchiedenheit in den Quellen nirgends hingedeutet wird, es vielmehr wiederholt da heißt, daß die actio in factum *ad exemplum legis Aquiliae* gegeben werde, l. 53. h. t., daß ſie *legi Aquiliae accommodata* ſei, l. 11. de praesc. verb. (T. 6), und da endlich, wie bemerkt, für die Anwendung der einen oder der andren Klage ſich aus unſren Quellen durchaus kein feſter Grundſatz entnehmen läßt, was unbegreiflich wäre, wenn wirklich ſolche materielle Verſchiedenheiten Platz griffen: ſo muß jene Anſicht gewiß für unbegründet gehalten werden; vgl. auch v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 84 fgg vgl. mit S. 115 fgg., Glück a. a. O. S. 337 fgg., *Schrader* ad §. ult. J. h. t., v. Savigny, Syſt. V. S. 95 fgg., Pernice S. 162 fgg.

III. Nach den Worten der lex Aquilia geht die Entſchädigungs-Verbindlichkeit auf den Sachwerth des beſchädigten Objekts, vgl. T. 1. und T. 3. Durch Interpretation wurde dies aber auf das geſammte Intereſſe ausgedehnt, § 10. J. h. t:

„Illud *non ex verbis, sed ex interpretatione* placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse — —, sed eo amplius, quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit — — —“,

l. 21. §. 2. h. t.:

Ulp. „Sed utrum corpus ejus solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur; an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc jure utimur, ut ejus quod interest, fiat aestimatio*“,

vgl. auch l. 22, l. 23. pr. §. 1—8, l 37. §. 1, l. 55. h. t. Nur verſteht es ſich, daß weder ein ganz ungewiſſer Gewinn, l. 29. §. 3. h. t., noch auch bloſes Affektions-Intereſſe in Anſchlag gebracht werden darf, l. 33. pr. h. t. Wird ein freier Menſch verwundet, ſo geht die Klage auf Erſatz der Kurkoſten und des durch die Verwundung entzogenen Erwerbs, l. 7. pr. h. t., cf. l. 3. si quadrupes (9, 1), l. 7. de his qui effud. (9, 3). Wenn h. z. T. auch eine Klage wegen verlorner Schönheit (auf ſ. g. Narbengelder), und wegen erlittener Schmerzen (auf ſ. g. Schmerzensgelder) eingeräumt zu werden pflegt, ſo kann dies auf das römiſche Recht nicht gegründet werden, l. 3. cit.: „scilicet *ut non deformitatis ratio habeatur*, quum liberum corpus aestimationem non recipiat“, l. 7. cit.: „Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem“. Die Veranlaſſung zu jener ſehr konſtanten Praxis gab die P. G. O. Art. 20. Vgl. Genſler im ziv. Arch. I. 11. S. 145 fgg., Archiv für prakt. Rechtsw. II. S. 154 fgg, Seitz, Unterſuchungen über die heutige Schmerzensklage. Erl. 1860, Windſcheid, Lehrb. §. 455. Not. 29—33.

Anm. 2. Wenn ein Sklave oder ein Thier von Mehreren verwundet, und hierauf geſtorben iſt, ſo ſind in Betreff der Aquiliſchen Klage folgende beiden Fälle zu unterſcheiden.

1) Wenn die Verwundungen gleichzeitig geſchehen, und es läßt ſich nicht ermitteln, welche Wunde insbeſondre den Tod hervorgebracht hat, ſo wird Jeder der mehreren Thäter als Todtſchläger angeſehen, und es findet alſo das erſte Kapitel der lex Aquilia gegen jeden Einzelnen ſeine volle Anwendung, l. 11. §. 2. h. t.:

Ulp. „Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; *quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Julianus ait;* et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, quum sit poena“.

Ulpian beruft ſich für dieſen Satz auf Julian, und wir finden die Stelle, auf welche hier Bezug genommen iſt, in l. 51. §. 1. h. t., wo Julian für jenes Dogma die „auctoritas veterum“ anführt.

2) Der andre Fall, wenn die mehreren Verwundungen der Zeit nach auf einander folgen, wird in l. 11. §. 3. h. t. ſo entſchieden:

Ulp. „Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius

postea exanimaverit, *priorem quidem non teneri*, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit; *posteriorem teneri*, quia occidit, quod et Marcello videtur, et est probabilius", und damit iſt noch der Ausſpruch deſſelben Ulpian in l. 15. §. 1. h. t. in Verbindung zu bringen:

Ulp. „Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, *de occiso agi non posse*, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus periit ex vulnere, quasi de occiso agi posse Julianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc, quum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit; at in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus".

Während nun aber hiernach der Grundſatz zu gelten ſcheint, daß in einem ſolchen Falle nur derjenige, welcher die letzte tödtliche Wunde ſchlug, als Todtſchläger aus dem erſten Kapitel der lex Aquilia belangt werden, und gegen den erſten Verwunder nur das dritte Kapitel wegen Verwundung in Anwendung kommen dürfe, ſtellt Julian in l. 51. h. t. das völlig abweichende Dogma auf, daß alle Beide, ſowohl der erſte wie der zweite Verwunder als Todtſchläger zu behandeln ſeien, und gegen Beide das erſte Kapitel der l. Aquilia in vollem Umfange zur Anwendung komme:

Julian. „Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum, medio deinde tempore heres institutus est, et postea ab alio ictus decessit, quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit? — — — Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, *utrumque eorum lege Aquilia teneri*".

Ueber das Verhältniß dieſer Stellen zu einander iſt viel geſtritten worden, vgl. die Nachweiſungen bei Glück a. a. O. S. 347 fgg. und beſ. bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 11. §. 3. cit. tom. II. p. 384 sqq. Sehr Viele glauben, daß hier ein unauflöslicher Widerſpruch vorliege, indem die römiſchen Juriſten ſelbſt verſchiedener Meinung geweſen ſeien; die ältere, noch von Julian vertheidigte Meinung ſei geweſen, daß alle Beide als Todtſchläger behandelt werden müßten; die neuere, von Celſus, Marcellus und Ulpian gebilligte Meinung gehe aber dahin, daß nur der Letzte wegen der Tödtung belangt werden könne, und dieſes müſſe gewiß auch als die Anſicht des Juſtinianiſchen Rechts angeſehen werden, vgl. z. B. *Cujac.*, Observatt lib. XXVII. c. 13. und in libr. LXXXVI. Dig. Salv. Julian. ad l. 51. cit. (in opp. VI. p. 445 sqq.), *Noodt*, ad leg. Aquil. c. 10, Glück a. a O., v. Löhr, Theorie der Kulpa S. 126 fgg., Windſcheid, Lehrb. §. 258. Not. 15, Pernice S. 179 fgg u. A. m. Daß man aber zu einer ſolchen hiſtoriſchen Vereinigung nur im äußerſten Nothfalle ſeine Zuflucht nehmen darf, verſteht ſich von ſelbſt; in unſrem Falle wird dieſelbe um ſo mißlicher, da darnach Julian nicht nur mit Ulpian, ſondern mit ſich ſelbſt im Widerſpruch geſtanden haben müßte, denn in l. 15. §. 1. cit. beruft ſich Ulpian auf die Auktorität von Julian bei Entſcheidung eines Falls, der in

allen Essentialien mit dem Falle der l. 11. §. 3. cit. übereinstimmt, und dadurch sehen sich denn auch in der That *Noodt* und Glück a. d. aa. OO. zu der wahrhaft verzweifelten Annahme genöthigt, Julian habe wohl später seine Meinung wieder geändert! Unter diesen Umständen liegt gewiß die Meinung viel näher, daß überhaupt Julian und Ulpian gar nicht verschiedener Ansicht gewesen seien, sondern die verschiedene Entscheidung in l. 11. §. 3. und l. 51. citt. durch die Verschiedenheit der entschiedenen Fälle herbeigeführt werde, und deßhalb haben Viele, nach dem Vorgange der Glosse angenommen, Julian in l. 51. cit. setze voraus, daß die erste Wunde schlechthin tödtlich gewesen sei („ut eo ictu *certum* esset moriturum"), während Ulpian in l. 11. §. 3. cit. einen Fall vor Augen habe, in welchem die Tödtlichkeit der ersten Wunde nicht so außer allem Zweifel gewesen sei; vgl. die vielen bei Schult. und Smallenb. Angeff., und diese Vereinigung findet sich auch schon in einem Schol. ad Basil. LX. 3. 51, bei Fabr. VII. p. 112. schol. x. bei Heimb. V. p. 319. schol. 7:

„Hoc est discriminis huic cap. cum 2 them. 15 cap., quod ibi primi vulnus non erat ex necessitate mortiferum, sed dubitabatur; hic autem ex primo necessario erat moriturus, et forte post diem".

Ich halte diese Unterscheidung nicht für unmöglich, aber auch nicht für wahrhaft befriedigend, theils weil Ulpian in l. 11. §. 3. cit. hierauf auch nicht im Entferntesten hindeutet, sondern die Voraussetzung für seine Entscheidung allgemein so angibt: „si alius *mortifero* vulnere percusserit", theils weil die ganze Unterscheidung auf den in der Anwendung auf einzelne Fälle äußerst schwierigen und schwankenden Begriff von absoluter Lethalität gestellt wäre, was ich dem gesunden praktischen Sinne der römischen Juristen kaum zutrauen möchte. Meiner Ueberzeugung nach ist das Unterscheidende der beiden Fälle nicht in einer Verschiedenheit der ersten, sondern vielmehr in einer verschiedenen Beschaffenheit der zweiten Verwundung zu suchen, und dafür scheinen mir hinlängliche Gründe nicht nur in der Natur der Sache, sondern auch in den beiden Gesetzen selbst zu liegen. Betrachten wir nämlich die l. 11. §. 3. cit. näher, so ist hier offenbar ein Fall entschieden, in welchem die zweite Verwundung den alsbaldigen Tod des Sklaven zur nothwendigen Folge hatte, z. B. Titius bringt dem Sklaven eine tödtliche Wunde bei; ehe derselbe aber daran stirbt, schneidet ihm Gajus den Kopf ab. Dies drückt Ulpian sehr bezeichnend aus: „alius mortifero vulnere percussit, *alius postea exanimavit*". Hier ist es offenbar, daß der Sklave nicht an der ersten, wenn auch tödtlichen, Wunde gestorben ist, eben so wenig, wie wenn ein schwer verwundeter Sklave von einer einstürzenden Mauer zerschmettert wird, oder bei einem Schiffbruch sein Leben in den Wellen verloren hat, und in allen diesen Fällen entscheidet also Ulpian, und mit ihm auch Julian (l. 15. §. 1. cit.), sehr konsequent, daß gegen denjenigen, welcher diese, wenn auch tödtliche, Wunde schlug, doch nur aus dem dritten Kapitel der l. Aquilia Klage erhoben werden kann, eben weil ja der Tod nicht eine Folge dieser That war, „quia ex alio vulnere periit". Ganz anders verhält es sich dagegen mit dem Falle der l. 51. cit. Hier wird nämlich die zweite Verwundung nicht so geschildert, daß dadurch der Tod herbeigeführt, sondern nur so, daß dadurch der Tod des Sklaven beschleunigt werde („ut *maturius*

interficerestur"), und es wird also offenbar eine Verwundung vorausgesetzt, die an sich betrachtet vielleicht gar nicht einmal tödtlich sein würde, die aber in ihrem Zusammentreffen mit der ersten Wunde den Tod früher herbeiführte, als dies blos in Folge der ersten Wunde der Fall gewesen sein würde. Da hier beide Verwundungen zusammentreffen mußten, um den Tod gerade in der Zeit, in welcher er erfolgt ist, herbeizuführen, so sind auch beide Thäter gleichmäßig als Todtschläger anzusehen, und gegen Beide kann also aus dem ersten Kapitel der l. Aquilia Klage erhoben werden. Daß aber hier wirklich ein Fall vorausgesetzt wird, in welchem der Tod nicht als die nothwendige und ausschließliche Folge der zweiten Verwundung erscheint, das geht noch insbesondere aus der Motivirung der Julianischen Entscheidung in §. 1 und 2. der l. 51. cit. hervor. In §. 1. cit. sagt er, seine Entscheidung stimme völlig mit dem von den Alten angenommenen Satze zusammen, daß, wenn mehrere gleichzeitig einen Sklaven verwundet hätten, *„ut non appareat, cujus ictu periisset"*, so seien alle einzelnen Thäter als Todtschläger zu behandeln; soll aber diese Parallele passen, so muß offenbar auch in princ. vorausgesetzt werden, daß der Tod nicht die alsbaldige nothwendige Folge der zweiten Verwundung allein gewesen sei. Und in §. 2. cit. rechtfertigt Julian noch weiter seine Entscheidung so: „Quodsi quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet, longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, quum neque impunita maleficia esse oporteat, *nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur*", und auch dies setzt nothwendig voraus, daß die beiden Wunden in ihrem Zusammentreffen den Tod hervorbrachten, und diese Wirkung nicht schon nothwendig aus der zweiten Verwundung allein hervorging. Vgl. auch Luden, über den Thatbestand des Verbrechens. Gött. 1840. S. 263 fgg., Ziegler, die Theilnahme an einem Verbrechen. Marb. 1845. S. 79 fgg.

Anm. 3. Was den Einfluß eines Obligations-Verhältnisses auf die actio legis Aquiliae betrifft, so sind dabei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht zu ziehen.

I. Wenn ein Kommodatar, Depositar, Miether u. dgl. die geliehene, deponirte oder gemiethete Sache deteriorirt oder vernichtet, so hat der Beschädigte die Wahl, ob er die Kontraktsklage anstellen, oder ob er sich der actio legis Aquiliae bedienen will, und zwar findet unter diesen Klagen das Verhältniß Statt, daß zwar allerdings keine prozessualische Konsumtion der einen durch die andre begründet wird, vgl. bes. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf die materiellen Rechtsverh. Th. I. Rostock 1846. S. 61, wohl aber die eine dann wegfällt, wenn der Kläger in Folge der andren Befriedigung erhalten hat, l. 18. §. 1. commod. (13, 6):

> *Gai.* „Sive autem pignus, sive commodata res sive deposita, deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, *verum etiam legis Aquiliae; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur*";

vgl. l. 7. §. 8, l. 18, l. 27. §. 11, 34, 35, l. 42. h. t., l. 47. §. 1. bis l. 50. pro soc. (17, 2), l. 25. §. 5, l. 30. §. 2, l. 43. locati (19, 2), u. s. auch l. 86. §. 2. de H. P. (5, 3), l. 13. de R. V. (6, 1). Eben weil hier

aber von einer prozeſſualiſchen Konſumtion keine Rede iſt, ſo verſteht es ſich ſchon nach allgemeinen Grundſätzen von ſelbſt, daß wenn der Kläger in Folge der Kontraktsklage Befriedigung erhalten hat, und die Aquiliſche Klage ihm wegen der dabei geltenden eigenthümlichen Schätzung größere Vortheile gewähren würde, er dieſes Mehr noch unbedenklich nachfordern kann, vgl. l. 7. §. 1. commod. (13, 6):

> *Ulp.* „— — nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem, nisi forte quis dixerit, *agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est, quod videtur habere rationem*“,

und l. 34. §. 2. fin. de O. et A. (44, 7):

> *Paul.* „— — Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis; utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; *sed verius est remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet*“ (über die ſchwierigen Schlußworte vgl. Glück IV. S. 24 fgg. Not. 74, X. S. 369 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. t. tom. VI. p. 669 sqq., Thibaut, zivil. Abhh. S. 190 fgg., *Krug*, selecta de cond. furt. capita p. 65 sqq. not. 3, v. Savigny, Syſt. V. S. 229 fgg., Huſchke in der Gießer Zeitſchr. Neue Folge. Bd. II. S. 184 fgg., Kleinſchrod, zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen. Nördl. 1849. S. 22 fgg., Martens, über Konkurrenz und Kolliſion der röm. Zivilklagen. Leipzig 1856. S. 48 fgg. S. 103 fgg., Pernice S. 143 fg.)

II. Soviel verſteht ſich hiernach von ſelbſt, daß die Aquiliſche Klage durch ein beſtehendes Obligations-Verhältniß keineswegs ausgeſchloſſen wird. Ob nicht aber doch die obligatio einen modifizirenden Einfluß auf die Aquiliſche Klage äußere, und welchen? darüber herrſchen verſchiedene Anſichten, und namentlich iſt die Frage ſehr beſtritten, ob die actio leg. Aquiliae auch wegen leichten Verſehens dann begründet ſei, wenn in dem vorliegenden Kontrakts-Verhältniß der Kontrahent bloß wegen Argliſt und grober Verſchuldung verantwortlich iſt? ob alſo z. B. die Aquiliſche Klage gegen den Depoſitar angeſtellt werden könne, welcher culpa *levi* die deponirte Sache deteriorirt oder vernichtet? Die meiſten älteren Juriſten (vgl. die Zitate bei Glück X. S. 310 fgg.), und unter den Neueren beſonders Thibaut, Syſt. §. 623. (vgl. auch Braun's Erörtr. S. 260 fgg), *Vollgraff* l. c. p. 26 sqq., Hänel, Schadenserſatz §. 35, Unterholzner II. S. 698, Sintenis, das prakt. gem. Zivilrecht Bd. II. §. 101. Anm. 38, Schaaf, zur Lehre von der culpa S. 128 fgg., Pernice S. 78 fgg. verneinen dieſe Frage, während die meiſten Neueren umgekehrt in ſolchem Falle die Aquiliſche Klage unbedenklich zulaſſen, vgl. z. B. Schöman, Hdb. II. S. 208 fgg.. v. Löhr, Beiträge zur Theorie der Kulpa S. 219 fgg., und in ſeinem Magaz. Bd. III. S. 173 fgg., Bd. IV. S. 486, Glück X.

S. 310 fgg., Hasse, Kulpa §. 36 fgg., Schweppe §. 551, Mühlenbruch §. 353, Wening §. 330, Valett § 630, Göschen §. 592, Windscheid, Lehrb. §. 455. Not. 12. Ich halte die letztre Ansicht für die richtigere; jedoch müssen dabei zwei Gesichtspunkte scharf von einander getrennt werden:

1) Jede Aquilische Klage setzt nothwendig ein damnum *injuria* datum, also eine Kulpa voraus. Nun ist es aber unleugbar, daß sehr oft eine Handlung, welche ohne ein zwischenliegendes Obligations-Verhältniß entschieden eine kulpose sein würde, durch die obligatio vollkommen gerechtfertigt wird, und gar nicht als kulpos angesehen werden kann; und ist dies der Fall, so versteht es sich von selbst, daß dann auch von einer Aquilischen Klage keine Rede sein darf. Gesetzt, ich übergebe einem Handwerker eine leicht zerbrechliche Sache zu einer gefährlichen Reparatur, und die Sache zerbricht wirklich unter dessen Händen, ohne daß ihm eine Stümperei vorgeworfen werden kann, so fällt die Aquilische Klage hinweg, l. 27. §. 29. h. t., obwohl dieselbe unbezweifelt Platz greifen würde, wenn nicht das besondre Obligations-Verhältniß in die Mitte träte, wodurch der Handwerker ein Recht zu derartigen Handlungen erhalten hat. Oder es hat Jemand ein Thier gemiethet, und dasselbe innerhalb des vertragsmäßigen Maaßes belastet; das Thier aber ist zu schwach und nimmt Schaden; so fällt hier die Aquilische Klage wegen des Vertrags hinweg, während sie ohne denselben unbezweifelt begründet gewesen wäre, vgl. l. 27. §. 23. h. t., l. 30. §. 2. locati (19, 2); u. dgl. Fälle mehr. Auf demselben Gedanken beruht offenbar auch die Entscheidung der l. 54. §. 2. de acqu. rer. dom. (41, 1), wornach derjenige, welcher uns bona fide als Sklave dient, nicht wegen eines jeden kleinen Versehens mit der Aquilischen Klage belangt werden kann, eben weil dieselben in jenem putativen Verhältniß eine genügende Rechtfertigung finden. Vgl. auch Hagemeister in v. Löhr's Magaz. Bd. III. S. 145 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 54 fgg.

2) Ist aber ungeachtet des Obligations-Verhältnisses doch eine Kulpa vorhanden, wird also die fragliche Handlung durch das Obligations-Verhältniß nicht gerechtfertigt, so findet die Aquilische Klage Statt, wenn auch die Kontraktsklage nicht begründet sein sollte, weil nicht eine so arge Verschuldung, wie sie bei dieser Kontraktsklage vorausgesetzt wird, vorhanden ist. Wenn nämlich Jemanden in einem Obligationsnexus nur culpa lata oder die s. g. omissio diligentiae in concreto angerechnet wird, so bezieht sich dies offenbar nur gerade auf die besondren Obliegenheiten, die eben aus diesem Obligationsnexus für ihn entstehen, nicht aber auch auf die Verbindlichkeiten, die er, so zu sagen, als Mensch dem Menschen gegenüber zu beobachten hat; sondern in Betreff dieser letztren steht er nothwendig unter den allgemeinen Grundsätzen der lex Aquilia, welche bekanntlich schlechthin keine Grade der Kulpa kennt, sondern immer anwendbar ist, wenn nur überhaupt Kulpa vorhanden ist. Daß man diese einfache Argumentation so oft verkannt hat, erklärt sich wohl theils und hauptsächlich daraus, daß die Vertheidiger der richtigen Ansicht nicht immer die vorher unter Nr. 1. ausgeschiedenen Fälle gehörig berücksichtigten, und dadurch ihrer Theorie eine bedeutende Blöße ließen. Theils ließ man sich aber auch durch den Scheingrund blenden, daß man sagte: wenn Jemand in einem Obligations-Verhältniß die

kontraktsmäßige diligentia präſtire, ſo handle er innerhalb ſeiner Rechtsſphäre, und „qui jure suo utitur, neminem laedit“. Ich nannte dieſes einen Scheingrund; denn man geht dabei von dem falſchen Satze aus, daß Alles, was durch die lex contractus nicht verboten ſei, überhaupt als erlaubt angeſehen werden müſſe; während man doch offenbar nur ſagen kann: was durch die lex contractus erlaubt iſt, d. h. wozu der Kontrahent nach der lex contractus ein eigentliches Recht hat, das muß überhaupt als erlaubt angeſehen werden. Wenn in einem Kontrakts-Verhältniß, z. B. bei einem Depoſitum, der Kontrahent blos für dolus und culpa lata einzuſtehen hat, ſo heißt dies offenbar nur ſo viel, daß leichte Verſehen unter der lex contractus nicht begriffen ſeien, daß er alſo deßhalb aus dem Kontrakte nicht belangt werden darf: aber keineswegs ſoll damit geſagt ſein, daß er zu ſolchen leichten Verſehen ein Recht habe, daß ſie ihm erlaubt ſeien, und er alſo deßhalb überhaupt nicht angegriffen werden könne. Daß nun aber der Kontrahent in einem ſolchen Falle, wenn nur überhaupt eine Kulpa, alſo keine durch den Kontrakt erlaubte und gerechtfertigte Handlung vorhanden iſt, wirklich mit der Aquiliſchen Klage belangt werden kann, obwohl die Kontraktsklage unanwendbar iſt, dafür haben wir allerdings meines Wiſſens kein ſpezielles Quellenzeugniß; aber wir haben zahlreiche, oben bei Nr. I. angegebene Geſetze, in denen allgemein geſagt iſt, daß auch bei einem Kontrakts-Verhältniß die Aquiliſche Klage unbedenklich gebraucht werden könne; und dieſes muß vollſtändig genügen. Denn da hier nirgends beſondre Vorausſetzungen für dieſe Klage angegeben werden, ſo verſteht es ſich ganz von ſelbſt, daß dieſelbe überall anwendbar ſein muß, wenn ihre allgemeinen Requiſite vorhanden ſind, alſo Sachbeſchädigung durch poſitive Handlung und Kulpa, ohne irgend einen Gradunterſchied; und damit würde ſich die Theorie der Gegner nur dann vereinigen laſſen, wenn der m. E. unmögliche Beweis geführt werden könnte, daß dann, wenn in einem Obligations-Verhältniß nur für dolus und culpa lata gehaftet werden muß, jedes geringe Verſehen gar nicht als Kulpa angeſehen werden dürfte! — Außer jenen allgemeinen geſetzlichen Ausſprüchen, die ich, wie geſagt, für völlig genügend und entſcheidend halte, können aber auch noch einige ſpezielle Beſtimmungen angeführt werden, die wenigſtens eine nahe liegende Analogie darbieten. Bei Verhandlung einer liberalis causa werden auch ſolche Beſchädigungen berückſichtigt, die derjenige, welcher bis dahin als Sklave diente, ſeinem putativen Herrn zugefügt hatte, aber nur ſolche, welche dolo malo oder culpa lata verurſacht waren; obgleich nun aber der Beſchädiger in dieſem beſondren Verhältniß nur für Dolus haftet, ſo ſteht doch nichts im Wege, ihn wegen kulpoſer Beſchädigungen mit der actio legis Aquiliae zu belangen, l. 13. pr. de liber. causa (40, 12):

> *Gai.* „Illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. Ideoque, licet absolutus hoc judicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, quum ea lege etiam culpa teneatur“.

Eine ganz ähnliche Entſcheidung findet ſich in Betreff eines teſtamentariſch

Manumittirten, welcher vor dem Erbschaftsantritt Sachen des Erblassers beschädigt hat, l. 1. §. 2. si is, qui test. liber esse jussus erit (47, 4):

> *Ulp.* „— — Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiter qualiter dedit".

Endlich mag hier auch noch l. 5. §. ult h. t. angeführt werden. Dort wird der Fall behandelt, wenn ein Meister seinen Lehrjungen züchtigt, und ihm dadurch einen Schaden an seinem Körper zufügt. Für den Vater des Lehrjungen sind zwei Klagen gedenkbar, die actio ex locato und die actio legis Aquiliae, und da heißt es nun: „an ex locato, *dubitat* [Julianus] — —, sed lege Aquilia posse agi, *non dubito*". Aus dieser Steigerung geht aber deutlich genug hervor, daß es unzweifelhaft Fälle geben kann, in denen die Aquilische Klage Statt findet, obwohl die Kontraktsklage wegen nicht vorhandener hinreichender culpa nicht begründet erscheint. — Wenn jetzt Pernice S. 83. in den Schlußworten der l. 27. §. 29. h. t. ein „besonders entscheidendes" Argument gegen die hier vertheidigte Ansicht finden will, so läßt sich dies schwerlich zugeben. Ulpian sagt nämlich dort, daß dann, wenn ein Handwerker bei Uebernahme einer gefährlichen Reparatur sich durch besondren Vertrag ausbedinge: non periculo suo se facere, und dann die Sache unter seinen Händen zerbreche, sowohl die Kontraktsklage als auch die Aquilische Klage ausgeschlossen sei („quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae"). Pernice argumentirt daraus in folgender Weise: der Sinn dieses Nebenvertrags sei offenbar, daß der Handwerker nur für einen geringern Grad der diligentia verhaftet sein wolle; wenn nun dieser Vertrag die Wirkung habe, daß dadurch nicht blos das Maaß der culpa im Kontrakte, sondern auch das des Aquilischen Gesetzes gemindert werde, so müsse man doch gewiß auch dasselbe annehmen, wenn schon durch das Gesetz ein geringeres Maaß der culpa angeordnet sei. Diese Argumentation würde dann von einiger Bedeutung sein, wenn man annehmen könnte, daß der Nebenvertrag ausschließlich dazu bestimmt gewesen wäre, die kontraktsmäßige diligentia herabzusetzen und daraus dann von Ulpian gefolgert worden wäre, daß damit doch auch das Maaß der Aquilischen Kulpa verringert sei; in Wahrheit aber hat jener Nebenvertrag von vorneherein den Sinn, daß der Paziszent sich dadurch gegen jede Haftpflicht, nicht blos aus dem Vertrage, sondern auch aus der lex Aquilia sicher stellen will, und deßhalb kann auch keine der beiden Klagen gegen ihn angestellt werden. — Wenn man sich übrigens bei dem hier verhandelten Streite auch noch oft auf l. 24. §. 5. sol. matrim. (24, 3) berufen hat, und daraus bald für, bald gegen unsre Meinung Argumente hat entnehmen wollen, so halte ich dies für völlig irrig. In dieser Stelle wird ausschließlich die Frage behandelt, ob der Ehemann, wenn er mit der *actio rei uxoriae* belangt wird, wegen übermäßiger Grausamkeit gegen die Dotalsklaven zur Rechenschaft gezogen werden könne; und da dabei auch nicht im Entferntesten von der actio legis Aquiliae die Rede ist, so vermag ich in der That nicht einzusehen, wie aus der Entscheidung dieses Gesetzes irgend etwas für oder gegen unsre Meinung gefolgert werden könnte.

b) Von einigen besondren Arten der Beschädigung.

aa) Heimlicher Baumfrevel. §. 682.

Dig. XLVII. 7. arborum furtim caesarum. — Unterholzner II. S. 722 fgg., Koch III. S. 961 fgg.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia, et *ex XII tabularum* dandam actionem Labeo ait. (Vgl. l. 11. eod., l. 28. §. 6. de jurejur. (12, 2); *Gai.* IV. 11, *Plin.* hist. nat. XVII. 1).

2) *Ulp.* l. 7. §. 6. 7. h. t.: Haec actio, etiamsi poenalis sit, perpetua est, sed adversus heredem non datur; heredi ceterisque successoribus dabitur. (§. 7). Condemnatio autem ejus duplum continet.

bb) Damnum coactis hominibus und damnum turba datum. §. 683.

Dig. XLVII. 8. vi bonorum raptorum. — Unterholzner II. S. 707 fgg. S. 724 fgg., Koch III. S. 962 fgg.

1) *Ulp.* l. 2. pr. h. t. (s. oben §. 680. T. 1).

2) *Ulp.* l. 4. pr. h. t.: Praetor ait: *Cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit in duplum, post annum in simplum judicium dabo.*

cc) Beschädigung bei Brand, Schiffbruch u. dgl. §. 684.

Dig. XLVII. 9. de incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata. — Unterholzner II. S. 727 fgg.

Ulp. l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *In eum, qui ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata quid rapuisse, recepisse dolo malo, damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum judicium dabo; item in servum et in familiam judicium dabo.*

dd) Beſchädigung eines Grabmals. §. 685.

Dig. XLVII. 12, Cod. IX. 19. de sepulchro violato. — Unterholzner II. S. 794 fgg.

Ulp. l. 3. pr. h. t.: Praetor ait: *Cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicunque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. Si plures agere volent, cujus justissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. Si quis in sepulchro dolo malo habitaverit, aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit, in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum judicium dabo.*

ee) Widerrechtliche Beiſetzung einer Leiche. §. 686.

Dig. XI. 7. de religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat. — Unterholzner II. S. 167 fgg. und S. 706 fgg.

Ulp. l. 2. §. 2. h. t.: Praetor ait: *Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit, illata esse dicentur, qui hoc fecit, in factum actione tenetur, et poena pecuniaria subjicietur.*

ff) Verlegung eines öffentlichen Wegs auf ein Privatgrundſtück. §. 687.

Paul. l. 3. pr. de via publ. (43, 11): Si in agrum vicini viam publicam quis rejecerit, tantum in eum *viae receptae actio* dabitur, quanti ejus interest, cujus fundo injuria irrogata est. Unterholzner II. S. 706.

gg) Beſchädigungen von Seiten der publicani. §. 688.

Dig. XXXIX. 4. de publicanis et vectigalibus et com-

missis. — Unterholzner II. S. 730 fgg., Wyß, Haftung für fremde culpa, Zürich 1867. S. 62 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Quod publicanus ejus publicani nomine vi ademerit, quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut si post annum agetur, in simplum judicium dabo. Item si damnum injuria, furtumve factum esse dicetur, judicium dabo. Si id, ad quos ea res pertinebit, non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione judicium dabo.* (Cf. l. 12. §. 1. eod.) — Die verschiedenen Ansichten über die gewiß nicht ganz gesunden Anfangsworte s. bei Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. VI. p. 188 sqq. Die einfachste Aushülfe ist m. E., wenn man mit leichter Umstellung der Worte liest: quod publicanus, quodve familia publicanorum publicani nomine rel.

2) *Ulp.* l. 1. §. 4. h. t.: — — Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc Edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni injuriae vel furti agere, an possit? Et placet, posse, idque Pomponius quoque scribit; est enim absurdum, meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari.

B) Beschädigung durch Thiere. §. 689.

Inst. IV. 9, Dig. IX. 1. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. — Glück X. S. 269 fgg. und die dort Angeff., Unterholzner II. S. 709 fgg., Koch III. S. 971 fgg., Sintenis §. 126. Not. 26 fgg. — Thibaut, Versuche Bd. II. Nr. 8. („über den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden"), Zimmern, das System der röm. Noxalklagen. Heidelberg 1818. bes. Kap. V., Gesterding, über den Ersatz des Schadens, welchen fremde Thiere stiften; in der Gießer Zeitschrift Bd. IV. S. 261 fgg., und von Neuem abgedruckt in dessen Nachforsch. Bd. VI. Abth. 2, S. 135 fgg. Vgl. auch Hepp, die Zurechnung auf dem Geb. des Zivilr. S. 90 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 396 fgg., Müller, Eviktion I. S. 255 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. §. 1. 2. h. t.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tabularum descendit; quae lex voluit aut dari id, quod nocuit, id est id animal, quod noxiam

commisit, aut aestimationem noxiae offerre. §. 1. Noxia autem est ipsum delictum. §. 2. Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. — 2) *Paul.* l. 4. h. t.: Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

3) *Ulp.* l. 1. §. 7. h. t.: Et generaliter haec actio locum habet, quoties contra naturam fera mota pauperiem dedit. Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum — — teneri; at si quum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus. Cf. pr. J. h. t.: Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet; ceterum si genitalis sit feritas, cessat.

4) *Ulp.* l. 1. §. 12. 13. h. t.: Et quum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cujus fuerit quadrupes, quum noceret, sed cujus nunc est. §. 13. Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.

5) *Ulp.* l. 14. §. 3. de praescript. verb. (19, 5): Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis; nam neque ex lege XII tabularum *de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur*, neque de pauperie, neque damni injuriae agi posse; in factum itaque erit agendum. — Ueber die actio de pastu (ſ. außer der l. 14. cit. auch noch *Paul.* rec. sent. l. 15. §. 1. und l. ult. C. de leg. Aquil. 3, 35) vgl. Glück a. a. O. S. 275 fgg., Thibaut a. a. O., Zimmern a. a. O. S. 105 fgg., Gesterding a. a. O. §. 6, Unterholzner II. S. 712, Koch III. S. 974 fgg., Pernice, Sachbeschädigung S. 222 fgg.

Anm. Wenn man früher sehr gewöhnlich die im römischen Rechte anerkannte Verbindlichkeit des Eigenthümers, für den von seinem Thiere angerichteten Schaden einzustehen, aus einer präsumirten Kulpa des Eigenthümers ableiten wollte — eine Erklärung, die sich z. B. auch noch bei Thibaut a. a. O. S. 221 fgg., Glück a. a. O. S. 287 fgg., Hasse, Kulpa S. 18 fgg. Not. b, findet —: so ist mit Recht dagegen bemerkt worden, daß sich daraus die Grundsätze des römischen Rechts nicht allein nicht genügend erklären lassen, sondern daß sie in dem offensten Widerspruche damit stehen. Zwar ließe sich aus dieser Idee wohl zur Noth die Unterscheidung zwischen solchen Beschädigungen, die das Thier secundum naturam, und solchen, die es contra nturam sui generis zufügt (T. 3), rechtfertigen, indem man nämlich sagen könnte, daß der

Eigenthümer nur veranlaßt sei, über sein tückisches und ungezogenes Thier zu wachen; aber doch hat augenscheinlich auch diese Erklärung etwas sehr Gezwungenes und wenig Ansprechendes. Warum aber soll, wenn eine Kulpa des Eigenthümers das Fundament der Ersatzpflicht wäre, dieser mit der noxae deditio abkommen, und nicht unbedingt für den ganzen Schaden haften? Warum soll, wenn das Thier gestorben ist, der ganze Anspruch auf Ersatz wegfallen? und wie endlich wäre mit jener Idee der bekannte Grundsatz: *noxa caput sequitur* irgend in Einklag zu bringen? Vgl. bes. Zimmern a. a. O. §. 4 fgg. Alle diese Sätze erklären sich nur dann wahrhaft befriedigend, und das römische System der Noxalklagen gewinnt nur dann wahre Einheit und innere Konsequenz, wenn man von der wirklichen oder präsumirten Kulpa des Eigenthümers ganz absieht, sondern vielmehr davon ausgeht, daß nach der Ansicht des römischen Rechts, so zu sagen, eine Kulpa des Thiers selbst, das wahre Fundament der actio de pauperie ist, und der Eigenthümer nur als der natürliche Schutzherr und Vertreter dieses Delinquenten in Betracht kommt. Ob diese Ansicht auch dem s. g. Naturrechte angemessen ist, das mag hier dahin gestellt bleiben; daß es aber wirklich die Ansicht des römischen Rechts ist, kann nicht bezweifelt werden, wenn man nur erwägt, daß sich blos daraus, aber auch vollständig daraus die vorher angedeuteten Sätze ableiten lassen, und daß die von Thieren angerichteten Beschädigungen unter ganz gleiche Grundsätze mit den Delikten der Sklaven und Hauskinder gestellt sind. Und sollte noch irgend ein Zweifel übrig sein, so lese man nur die l. 1. §. 11. h. t.:

> *Ulp.* „Quum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut, si quidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio, quamobrem eum sibi aut noxiam sarcire, aut in noxam dedere oportere“;

denn diese Entscheidung läßt sich doch gewiß nicht anders erklären, als daß die Römer auch bei Thieren eine Art Imputabilität, also etwas dem Delikte eines Menschen Analoges angenommen haben. Vgl. bes. Zimmern a. a. O. S. 36 fgg. S. 79 fgg., u. s. auch Gesterding a. a. O. §. 3, Hepp a. a. O. — Wenn nun hiernach auch die Theorie der s. g. actio quadrupedaria im Ganzen sehr einfach ist, so sind doch einige besonders streitige Punkte noch im Einzelnen zu besprechen.

1) Es herrscht Streit darüber, ob unsre Klage auch auf wilde Thiere anwendbar sei? Viele leugnen dies, weil ja überhaupt die Klage nur begründet sei, wenn das Thier contra naturam sui generis geschadet habe, und dies bei dem von einem wilden Thiere angerichteten Schaden nicht gesagt werden könne; und dafür beruft man sich denn auch noch insbesondere auf pr. J. h. t. (T. 3. a. E.) und auf l. 1. §. 10 h. t.:

> *Ulp.* „*In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet*, et ideo, si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit, et ideo, et si eum occidi, meum corpus est“.

So scheinbar auch diese Gründe sind, so dürfte sich doch jene Ansicht in ihrem

vollen Umfange nicht rechtfertigen lassen, und namentlich würde dieselbe in einem auffallenden Widerspruch mit §. 1. J. h. t. stehen. Nachdem hier nämlich die Aedilitische Klage gegen denjenigen erwähnt ist, welcher wilde Thiere (canem verrem, aprum, ursum, leonem") in der Nähe einer öffentlichen Passage gefährlicher Weise hält, fährt der Kaiser fort:

„Praeter has autem aedilitias actiones et de pauperie locum habebit; nunquam enim actiones, presertim poenales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit".

Offenbar ist hier die Möglichkeit der actio de pauperie auch für wilde Thiere anerkannt, denn die Auslegung, welche z. B. Thibaut a. a. O. S. 217 fgg. gibt, daß die actio de pauperie blos auf die im Aedilitischen Edikte auch genannten Hunde bezogen werden dürfe, verdient doch gewiß keine Beachtung. Sollte es denn aber in der That keine Fälle geben, in denen man von wilden Thieren sagen kann, daß sie *contra naturam* schadeten, daß sie also gewissermaßen in einer Kulpa seien? M. E. kann dies unbedenklich bei allen solchen wilden Thieren angenommen werden, welche sich nicht mehr im Zustande natürlicher Wildheit befinden, sondern gezähmt in menschlicher Zucht und Gefangenschaft stehen. Wenn ein solches Thier, welches seine natürliche Wildheit abgelegt hat, gegen seine jetzige durch Zucht und Gewohnheit angenommene Natur einen Schaden zufügt, so kann man hierbei nicht weniger, wie bei einem zahmen Thiere sagen, daß es contra naturam geschadet habe, und auch hier muß also gewiß die actio de pauperie Platz greifen. Durch diese Annahme erklärt sich aber nicht nur vollständig der §. 1. J. cit., sondern auch die für die entgegengesetzte Lehre vorgebrachten Gesetze widerstreiten nicht, da hier augenscheinlich von nicht gezähmten, wilden Thieren die Rede ist. Vgl. auch Zimmern a. a. O. S. 97 fgg.

2) Bestritten ist es auch, worauf eigentlich bei der actio de pauperie der Antrag des Klägers gerichtet werden müsse? Die Mehrzahl unsrer Juristen nimmt an, daß Klage und Urtheil blos auf Schadensersatz gehe, indem nur dieser in obligatione und in petitione, die *noxae deditio* aber blos *in solutione* sei, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 292 fgg. und die dort Angeff. Einige nahmen aber schon früher an, daß Klage und Urtheil alternativ auf litis aestimatio und noxae deditio gerichtet sein müßten, und unter den Neueren hat sich besonders Zimmern a. a. O. S. 155 fgg. dieser Ansicht angeschlossen. Ich halte die erste Meinung für die allein richtige. Zwar meint Zimmern, daß dieselbe mit der oben angedeuteten Grundidee der Noralklagen in Widerspruch stehe, indem darnach die noxae deditio nicht blos als eine Art von Privilegium des Verklagten angesehen werden könne, sondern vollkommen in der Natur dieser Klagen begründet sei, so daß man viel eher sagen könne, der klägerische Anspruch sei blos auf naxae deditio zu richten, und die *litis aestimatio* sei vielmehr nur *in solutione*, vgl. Zimmern S. 38. 156. Aber dies ist gewiß irrig. Wenn kulposer Weise eine Beschädigung zugefügt worden ist, so ist immer der natürlichste Anspruch des Beschädigten der, daß ihm dieser Schaden ersetzt werde, und dieser Anspruch ist es denn also auch, welchen der durch die Kulpa eines Thiers Beschädigte gegen den Eigenthümer

als den Vertreter des Delinquenten, zunächst geltend gemacht. Aber eben, weil der Eigenthümer blos als Vertreter des eigentlichen Delinquenten, nicht wegen eigner culpa in Anspruch genommen wird, ist es billig und recht, daß ihm die Befugniß eingeräumt wird, durch Preisgeben seines Thiers dem an sich nur auf Entschädigung gerichteten Antrage des Klägers auszuweichen; jedoch erscheint dies immer nur als eine ihm zustehende Befugniß, und immer ist also die noxae deditio nur in solutione, aber nicht in obligatione. Diese m. E. sehr natürliche und mit dem Wesen der Noxalklagen vollkommen vereinbare Ansicht wird denn auch auf das Entschiedenste durch unsere Quellen bestätigt. So heißt es gleich im pr. J. h. t.

„quae animalia, si noxae dedantur, *proficiunt reo ad liberationem*“, vgl. auch §. 2. J. de nox. act. (4, 8): „summa autem ratione permissum est, *noxae deditione defungi*“, l. 1. pr. de noxal. act. (9, 4): „quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, *liceat nobis deditione ipsius corporis, quod diliquerit, evitare litis aestimationem*“. Ganz entscheidend sind aber l. 20. §. 5. de H. P. (5, 3):

> Ulp. „— — tamdiu quis habet *noxae dedendae facultatem*, quamdiu judicati conveniatur; post susceptum judicium *non potest noxae dedendo se liberare*“,

und l. 6. §. 1. de re judic. (42, 1): *„facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit“* und später: „noxae deditio *in solutione est, quae e lege tribuitur*“. Freilich muß aus dem klägerischen Antrage hervorgehen, ob er den Verklagten wegen dessen eigner Verschuldung, oder ob er ihn nur als Vertreter des eigentlichen Delinquenten angreift, und daraus erklären sich von selbst die, von Zimmern mit Unrecht für seine Meinung angeführten, öfter wiederkehrenden Ausdrücke: *detracta noxae deditione* oder *cum noxae deditione agere*, vgl. l. 4. §. 3, l. 5. pr., l. 21. §. ult., l. 22. §. 4, l. 26. §. 5, l. 39. pr. de nox. act. (9, 4). Die Intentio (vgl. darüber auch Wyß, Haftung für fremde culpa S. 31 fgg.) war immer nur auf Schadenersatz gerichtet: *„propter eum* [scil. servum, s. filium s. quadrupedem] *dare oportere“*, l. 42. §. 1. de noxal. act. (9, 4), cf. *Keller*, comm. ad l. 32 de peculio Gött. 1822 p. 60 sqq., und eben so ging auch die eigentliche *condemnatio* und die daraus begründete Judikatsklage stets nur auf Schadenersatz, l. 6. §. 1. de re judic. (42, 1):

> *Ulp.* „Decem aut noxae dedere condemnatus *judicati in decem tenetur;* facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus. At judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, *et ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur;* noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur“;

vgl. auch l. 20. §. 5. de H. P. (5, 3). Allerdings aber wurde der judex angewiesen, bei der condemnatio zugleich auch ausdrücklich dem Verurtheilten das Recht der noxae deditio vorzubehalten, vgl. l. 1. pr. de his qui effud. (9, 3):

Ulp. „Praetor ait — — — Si servus insciente domino fecisse dicetur, *in judicium adjiciam: aut noxam dedere*“,

l. 5. §. 6. eod.: „si servus insciente domino fecisse dicetur, *aut noxae dedi jubebo*“, l. 42. pr. de furt. (47, 2): „*adjiciatur: ut noxae dederit*“, und demgemäß lautete denn also die condemnatio: „*Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere*“, §. 1. J. de officio judicis (4, 17), cf. l. 6. §. 1. de re judic. Vgl. jetzt auch Bachofen a. a. O., Müller cit. S. 261., Fuchs, Lit. Denunz. S. 46 (im prakt. Arch. II. S. 382).

3) Widerrechtliche Entziehung oder Vorenthaltung der possessio.

A) Von dem interdictum Unde vi und der actio spolii.

§. 690.

Dig. XLIII. 16. [15] de vi et de vi armata, Cod. VIII. 4. unde vi. — Unterholzner II. S. 112 fgg. — v. Savigny, Besitz §. 40. 43. und die dort Angeff., Geiger in der Gießer Zeitschr. XIII. S. 239 fgg., *Keller*, Semestr. ad Tull. Ciceron. lib. II. p. 293 sqq., Bruns, Recht des Besitzes S. 62 fgg., *Molitor*, la possession etc. Gand. 1851. p. 140 sqq., Zielonacki, Besitz S. 155 fgg., *Machelard*, théorie des interdits en droit Rom. Par. 1864. p. 235 suiv. — Ueber die Spolienklage s. v. Savigny a. a. O. §. 50. und die dort Genannten, Mittermaier, der gem. deutsche bürgerliche Proz. Beitr. IV. (2. Aufl. 1840) S. 301 fgg. S. 337 fgg., Geiger a. a. O. S. 270 fgg., Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. II. S. 96 fgg., Bruns a. a. O. S. 131 fgg. S. 174 fgg. S. 220 fgg. S. 257 fgg. S. 374 fgg. S. 390 fgg. S. 417 fgg., Maassen in Bekker's Jahrbb. III. S. 227 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait: *Unde tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.* Vgl. Schmidt v. Ilmenau, in den krit. Jahrbb. Jahrg. VIII. (1844) S. 684 fgg.

2) *Ulp.* l. 1. §. 23. h. t.: Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est, quam qui possidet.

3) *Ulp.* l. 1. §. 3. h. t.: Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, utputa de fundo sive aedificio, ad alium autem non pertinet. — 4) *Ulp.* l. 1. §. 6. h. t.: Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit, potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo, vel in aedibus, unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere, non est ambigendum.

5) §. 6. J. de interd. (4, 15): Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit, nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui dejecit, vi vel clam vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus [cf. §. 1. J. de vi bon. rapt. (4, 2)], si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur, si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur.

Anm. 1. Im älteren Rechte gab es für den Fall gewaltthätiger Dejektion zwei verſchiedene Interdikte (Cic. pro Caec. c. 32: „ad duas dissimiles res *duo disjuncta interdicta sunt*"), eines, wenn ohne Waffen — bei Cicero einmal vis *quotidiana* genannt, pro Caec. c. 31. 32. —, und ein andres, wenn mit Waffen — vis *armata* — die Dejektion bewerkſtelligt war. Die bedeutenden Verſchiedenheiten derſelben veranſchaulichen ſich am Beſten, wenn wir die verſchiedenen Formeln einander gegenüberſtellen. Für das erſtere, das gewöhnliche interdictum de vi, lautete die Interdikts-Formel ſehr wahrſcheinlich ſo:

„Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem ejus in hoc anno vi dejecisti, qua de re agitur, cum Aulus Augerius possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas",

vgl. lex Thoria cap. 7. (ed. Rudorff in Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. X. S. 151 fgg.), Cic. pro Tull. c. 44. 45, pro Caec. c. 19. 30. 31. 32, Gai. IV. 154, *Keller* l. c. p. 293 sqq., Schmidt v. Ilmenau in den krit. Jahrb. Jahrg. VIII. S. 680 fgg. — Für das interdictum de vi armata aber wurde die Formel gegeben:

„Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem

ejus vi hominibus coactis armatisve dejecisti, qua de re agitur, eo restituas";

vgl. außer den vorher angeff. Stellen auch noch Cic. pro Caec. c. 8. 21. 22, ad Fam. XV. 16, Gai. IV. 155; *Keller* l. c. p. 324 sqq. Dabei treten uns folgende Verschiedenheiten entgegen:

1) Bei dem interdictum quotidianum wird in die formula die exceptio inserirt: *cum A. A. possideret, quod n. v. n. c. n. p. a te possideret*, während diese adjectio bei dem interd. de vi armata nicht vorkommen kann. v. Savigny leugnet freilich die hier angenommene Fassung dieser adjectio, und behauptet dagegen, es sei nur einfach die exceptio vitiosae possessionis inserirt worden, „*cum A. A. n. v. n. c. n. p. a te possideret*"; gewiß habe Cicero nur als Advokat die Worte *cum possideret* aus ihrem eigentlichen Zusammenhange herausgerissen, um dann daraus die für seinen Rechtsstreit wesentliche Folgerung zu ziehen, daß gerade nur hier, und nicht auch bei dem interd. de vi armata Besitz des dejectus erforderlich sei, v. Savigny a. a. O. S. 512 fgg. (7. Aufl. S. 425 fgg.). Aber abgesehen davon, daß dieses doch ein gar zu plumpes Kunststück Cicero's gewesen wäre, mit welchem durchzubringen er schwerlich hätte hoffen können: so wird auch gerade die obige Fassung ganz bestimmt besonders durch die lex Thoria l. c. und durch Cic. pro Tull. cit. bewiesen, vgl. Rudorff in der gesch. Zeitschrift X. S. 63 fgg., *Keller* l. c. p. 301 sqq., Holtius, Abh. Nr. 3. Wenn wir nun hiernach auch gewiß gegen Savigny annehmen müssen, daß in der Formel das *possidere* und das *n. v. n. c. n. p. possidere* getrennt vorkommen, während beide Zusätze bei dem interdictum de vi armata fehlten: so kann ich mich doch, ungeachtet der scharfen Mahnung Keller's p. 339. nicht überzeugen, daß dabei wirklich die Absicht des Prätor gewesen sei, bei dem interd. de vi armata ganz von dem Besitz des Dejektus abzusehen; denn wie schwankend und unsicher dadurch die Anwendung dieses Interdikts hätte werden müssen, indem dasselbe doch unmöglich einem jeden Nichtbesitzer eingeräumt werden konnte und sollte, fällt von selbst in die Augen, und gerade aus den scharfsinnigen Ausführungen Keller's p. 376 sqq., durch welche er die Grenzen des interd. de vi armata zu fixiren versucht, springt uns recht deutlich jenes unsichere Schwanken entgegen. Viel wahrscheinlicher ist es mir daher, daß der Prätor durch die Formel des interd. quotidianum nicht zwei Exzeptionen zu geben beabsichtigte — eine auf das possidere, und eine zweite auf das n. v. n. c. n. p. possidere gerichtet —, sondern ich finde in diesem doppelten Ausdruck nur eine etwas gedehnte und schleppende Form für die eine exceptio vitiosae possessionis („vorausgesetzt, daß der Kläger besessen, und zwar nec vi nec clam nec precario besessen hat"), und Keller selbst hat uns ja ein ganz ähnliches Beispiel in der alten Formulirung des interd. Uti possidetis an die Hand gegeben, vgl. Fest. s. v. Possessio mit l. 1. pr. uti possidetis (43, 17). Allerdings aber konnte dieser schleppende Ausdruck mit dem größten Scheine für die Behauptung benutzt werden, daß es nur bei dem interd. de vi quotidiana auf Besitz des Dejektus ankomme, und nicht auch bei dem interd. de vi armata, und daß er wirklich dazu benutzt worden ist, beweis't eben der Rechtsstreit des Cäcina, denn dieser besaß unzweifel-

haft nicht (*Keller* l. c. p. 342 sqq.), gebrauchte aber dennoch das interd. de vi armata, und hat damit auch allem Anſcheine nach geſiegt. Aber daß dies wirklich in der Abſicht des edizirenden Prätor gelegen habe, wird damit keineswegs bewieſen, und in der ſpäteren Zeit wenigſtens verneinten dies die römiſchen Juriſten ganz entſchieden, indem ſie ſchon aus dem Begriffe von *dejicere* ableiteten, daß auch bei dem interd. de vi armata nothwendig die Poſſeſſio des Dejektus vorausgeſetzt werde (T. 2, vgl. auch Vat. fr. §. 91), und in dieſer Beziehung alſo ſchlechthin kein Unterſchied zwiſchen beiden Interdikten Statt finde.

2) Eine vom Prätor wirklich beabſichtigte Verſchiedenheit lag aber darin, daß zwar allerdings bei dem interd. de vi quotidiana, aber nicht auch bei dem interd. de vi armata die exceptio vitiosae possessionis dem Kläger entgegengeſetzt werden durfte, ſ. die oben zitirten Stellen, und dieſe Verſchiedenheit war auch noch zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten vollkommen begründet, *Gai.* IV. 154. 155, *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 7, wie ſich denn davon auch noch ſehr deutliche Spuren in den Pandekten vorfinden, l. 1. §. 30, l. 14, l. 17, l. 18. pr. h. t., v. Savigny a. a. O. S. 544 (7. Aufl. S. 449 fg.), Geiger a. a. O. S. 266 fgg. Im ſpäteren Rechte wurde die ſtrengere Behandlung des interd. de vi armata auch auf das interd. quotidianum übertragen, und auch bei dieſem jene exceptio nicht mehr zugelaſſen; ob dies ſchon vor Juſtinian geſchah — etwa in Folge des Valentinianiſchen Geſetzes über die Selbſthilfe in l. 7. C. h. t., wie namentlich v. Savigny S. 542 (7. Aufl. S. 448) vermuthet —, oder erſt durch Juſtinian, vgl. T. 6, iſt zweifelhaft, aber jedenfalls unverſtändig iſt die doch auch ſchon aufgeſtellte Behauptung, daß im §. 6. J. cit. aus bloſer Unkunde des früheren Rechts die exceptio ausgeſchloſſen worden ſei.

3) Eine weitere Verſchiedenheit zwiſchen beiden Interdikten lag auch noch darin, daß das interd. quotidianum der Regel nach nur innerhalb eines Jahrs gebraucht werden konnte, während dieſe Zeitbeſchränkung bei dem interd. de vi armata wegfiel, Cic. ad Famil. XV. 16. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt auch dieſe Verſchiedenheit verwiſcht, und allgemein, bei der vis armata nicht weniger, wie bei der vis quotidiana, die Verjährungszeit von einem Jahre angenommen, obwohl doch das Interdikt auch noch nach dieſer Zeit gebraucht werden darf, wenn und ſo weit der Dejizient durch die Dejektion reicher geworden iſt, l. 1. pr. §. 39, l. 3. §. 1. h. t., l 2. C. h. t., vgl. l. 7. §. 5. comm. divid. (10, 3). —

Wir haben geſehen, daß die früherhin allerdings vorhandenen weſentlichen Verſchiedenheiten zwiſchen dem interd. de vi quotid. und de vi armata im ſpäteren Rechte ſämmtlich weggefallen ſind. Im Juſtinianiſchen Rechte gibt es alſo nur noch ein interd. Unde vi, und nur die Rubrik des Pandekten-Titels erinnert noch an die frühere Duplizität. Doch wird auch noch im Juſtinianiſchen Rechte der Unterſchied zwiſchen der vis armata und quotidiana angeführt, daß im Falle der erſtren das Interdikt ſelbſt auch gegen Patrone und Aeltern gebraucht werden darf, während im Falle einer bloſen vis quotidiana gegen ſolche Reſpektsperſonen Statt des Interdikts eine actio in factum gebraucht werden muß, l. 1. §. 43. h. t., vgl l. 2. §. 1, l. 7. §. 2. de obsequ. parent. (37, 15).

Anm. 2. Daß im früheren Rechte das interd. Unde vi auf Immobilien beſchränkt war, leidet auch nicht den mindeſten Zweifel, l. 1. §. 3—8, l. 3. §. 15. h. t., *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 5. Savigny a. a. O. S. 527 fgg. (7. Aufl. S. 437 fgg.) behauptet aber, daß dieſes durch die bekannte Verordnung Valentinian's über die Selbſthilfe, nämlich durch l. 7. C. h. t. geändert, und ſeitdem das Interdikt auch auf Mobilien anwendbar geworden ſei; vgl. auch Zielonacki a. a. O. S. 165 fgg und Rudorff in Sav. (7. Aufl. S. 704. Nr. 152). Die l. 7. C. cit. lautet ſo:

> Impp. *Valentinian. Theodos.* et *Arcad.* „Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur“,

vgl. l. 3. C. Theod. unde vi (4, 22), §. 1. J. de vi bon. rapt. (4, 2), §. 6. J. de interd. (T. 5). Wie der Augenſchein lehrt, iſt aber hier, ohne irgend eine beſondre Hervorhebung der beweglichen Sachen, nur ganz im Allgemeinen geſagt, daß derjenige, welcher ſich durch gewaltſame Selbſthilfe in den Beſitz einer Sache ſetze, nicht nur den Beſitz reſtituiren, ſondern auch überdies ſein Eigenthum verlieren, oder, wenn er gar nicht Eigenthümer ſei, den Werth der gewaltſam an ſich gebrachten Sache bezahlen ſolle. Durch welche Klage die hier vorgeſchriebene Reſtitution bewerkſtelligt werden ſolle, iſt hier auch nicht mit einem Worte angedeutet worden, und erwägt man nun, daß nicht nur in den Pandekten mehrfach die Beſchränkung des interd. Unde vi auf Immobilien ſehr beſtimmt als geltendes Recht angeführt wird, vgl. die vorher zitirten Stellen, ſondern daß dies auch noch in den Inſtitutionen geſchieht, und zwar in einer Stelle, wo zugleich auch der Inhalt der Valentinianiſchen Verordnung angeführt wird, ohne daß hier auch nur entfernt die angeblich dadurch bewirkte Ausdehnung des Interdikts auf Mobilien berührt würde, vgl. T. 5: ſo muß jene Meinung gewiß als unhaltbar verworfen werden, und mit größtem Rechte nehmen denn auch noch h. z. T. die weit Meiſten, ungeachtet des Widerſpruchs von Savigny, an, daß auch noch im Juſtinianiſchen Rechte das interd. Unde vi nur bei Immobilien Platz greife, vgl. z. B. Thibaut im ziv. Arch. I. S. 105 fgg., *Fritz*, resp. ad quaest.: quam actionem l. 7. C. unde vi — — ad rem recuperandam concedat. Frib. 1828, Linde in der Gießer Zeitſchr. I. S. 418 fgg., Unterholzner II. S. 115, Mühlenbruch §. 240, Puchta §. 135, Bruns a. a. O. S. 74 fgg., *Machelard* p. 248 suiv., Windſcheid, Lehrb. II. §. 160. Anm. 4. u. A. m. Das eigentlich Neue in der Valentinianiſchen Verordnung iſt auch offenbar gar nicht das, daß die gewaltſam an ſich geriſſene Sache wieder verloren und resp. die rei aestimatio geleiſtet werden ſoll; und da nun jener Rechtsſatz ſelbſt nicht neu iſt, ſo lag auch gar keine Nothwendigkeit vor, ein neues Rechtsmittel hier einzuführen. M. E. ſind daher auch noch nach dem Valentinianiſchen Geſetze zum Zweck der

Wiedererlangung des Besitzes ganz dieselben Klagen anzuwenden, welche vor diesem Gesetze hätten gebraucht werden müssen; und wie ich demgemäß der Meinung Savigny's nicht beitreten kann, daß durch Valentinian das interd. *Unde vi* eine erweiterte Anwendung erhalten habe, ebenso halte ich es auch für völlig irrig, daß die Klage, wodurch die Restitution des gewaltsam entzogenen Besitzes verlangt werde, in Gemäßheit jenes Gesetzes stets eine ganz eigenthümlich qualifizirte *rei vindicatio* sei, wie z. B. Fritz in dem angeführten Programme p. 7 sqq. auszuführen sucht, oder eine besonders geeigenschaftete *actio vi bonor. raptorum*, wie z. B. Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 394 fgg. vermuthet, oder eine neue *cognitio extraordinaria*, wie z. B. v. Schröter in den Erlanger Jahrb. XI. S. 119. meint; sondern, wie gesagt, es muß in jedem einzelnen Falle diejenige Klage gebraucht werden, welche ganz abgesehen von dem Valentinianischen Gesetze als begründet erscheint, und wie also bei Immobilien das interd. Unde vi anwendbar geblieben ist, so ist bei Mobilien nach Verschiedenheit der Fälle eine condictio furtiva, oder eine actio vi bonor. raptorum, oder eine actio ad exhibendum (vgl. T. 4), oder auch eine rei vindicatio oder eine actio Publiciana anwendbar; und eben so kann auch meiner Ueberzeugung nach selbst noch im Justinianischen Rechte das interd. *Utrubi* mit Erfolg gebraucht werden, obwohl hier freilich die Meisten a. M. sind, vgl. aber oben Bd. I. §. 336. Anm. bes. S. 677 fgg., und s. jetzt auch Puchta §. 135. Not. a. —

Anm. 3. Ueber einige, das interd. Unde vi betreffende Punkte ist schon an andren Stellen des Lehrb. die Rede gewesen, wie namentlich über die Frage, ob auch der Natural-Besitzer zur Anstellung desselben berechtigt sei? vgl. Bd. I. S. 352 fgg., ob und wann auch derjenige es gebrauchen könne, welcher aus Furcht vor Entsetzung seinen Besitz aufgegeben hat? vgl. Bd. I. S. 378 fgg.; und über das s. g. *juramentum Zenonianum* vgl. Bd. I. S. 269 fgg.

B. Von dem interdictum de precario. §. 691.

Dig. XLIII. 26. [25] de precario, Cod. VIII. 9. de precario et Salviano interdicto. — Unterholzner II. S. 119. S. 561 fgg., Koch III. S. 366 fgg., Sintenis II. §. 111. bei II. — *Stockmann*, de precario. Lips. 1774, *Vogel*, de precario. Gött. 1786. (auch in's Deutsche übersetzt in Barth's Dissertt. Samml. Bd. III. S. 190 fgg.), *Bickell*, de precario. Marb. 1820, Degener, über den Begriff des Prekar. Leipzig 1831, Kritz, über das precarium; in der Samml. von Rechtsfällen Bd. I. Nr. 14, Ders., Pandektenr. Th. I. Bd. 2. S. 429 fgg., G. E. Schmidt, das commodat. und precar. Leipzig 1841. (vgl. darüber Schmidt von Ilmenau in den krit. Jahrbb. Jahrg. VII. 1843. S. 769 fgg.), Bulling, das

Prekarium. Leipzig 1846. — Vgl. auch v. Savigny, R. des Besitzes §. 42. S. 555 fgg., Schmitthenner, über Verträge S. 62 fgg., v. Meyerfeld, Schenkungen Bd. I. S. 59 fgg., Zielonacki, Besitz S. 170 fgg., *Machelard*, des interd. p. 261 suiv.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. §. 1. Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit. §. 2. Et distat a donatione eo, quod, qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, quum sibi libuerit precarium solvere. §. 3. Et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

2) *Ulp.* l. 2. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.*

3) *Paul.* l. 14. h. t.: Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.

Anm. Zur schärferen Charakterisirung des Wesens von precarium mögen folgende Sätze dienen.

I. Viele Aeltere (vgl. die Literatur bei Schmidt S. 15. Not. 13. und bei Bulling S. 22. Not. 8.) und unter den Neueren bes. Schmidt a. a. O. halten es für wesentlich zum Begriff vom Prekarium, daß die Gebrauchs-Ueberlassung auf wirklich vorausgegangenes Bitten erfolgt sei, und berufen sich dafür theils auf den Namen, theils auf die Aussprüche Ulpian's in l. 1. pr. h. t. („percibus petenti") und in l. 2. §. 3. h. t.:

> „Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est *ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit*".

Nach innern Gründen für eine solche formale Auffassung sucht man aber vergeblich, und da der Name sowohl, als jene gesetzlichen Aussprüche sich auch genügend aus dem erklären, was gewöhnlich vorzukommen pflegt, und damit gewiß nur in prägnanter Weise der Charakter des precarium als eines genus *liberalitatis* ausgedrückt werden soll, so dürfte schon deßhalb die umgekehrte Ansicht den Vorzug verdienen. Dieselbe wird aber überdies geradezu von *Paulus*, rec. sent. V. 6. §. 11. ausgesprochen:

> „Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, *qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet*",

und sie liegt auch offensichtlich mehreren Pandekten-Stellen zu Grunde, vgl.

l. 4. §. 4, l. 8. §. 2. h. t. Da zufällig in diesen letztren Stellen von der Fortsetzung, oder richtiger von der neuen Errichtung eines früheren Prekarium die Rede ist, so wollen freilich *Cujac.*, Not. ad Paul. cit. und Schmidt a. a. O. den ganz generellen Ausspruch von Paulus auf diesen besondren Fall beschränken, aber die Willkürlichkeit dieser Auslegung fällt einem Jeden in's Auge.

II. Charakteristisch für das Prekarium — namentlich im Gegensatz zu dem sonst nahe damit verwandten Kommodatum — ist es, daß der Geber sich durch die Hingabe schlechthin nicht zu obligiren beabsichtigt, und auch wirklich nicht obligirt, l. 14. h t. (T. 3), vgl. l. 1. §. 1. (T. 1) und l. 8. §. 3. h. t.: „quum *totum* hoc *ex liberalitate* descendat ejus, qui precario concessit", während das Kommodat zwar allerdings seinen Motiven nach ebenfalls als ein Akt der Liberalität erscheint, durch die wirkliche Abschließung aber ein auch den Kommodanten obligirendes negotium kontrahirt wird, l. 17. §. 3. commod. (13, 6), vgl. oben §. 629. T. 3. Daß der precario dans schlechthin gar nicht obligirt wird, zeigt sich aber theils darin wirksam, daß hier nicht wie bei dem Kommodate von einer actio contraria, etwa wegen gemachter Impensen, die Rede sein kann, theils und vorzüglich darin, daß derselbe stets, sobald es ihm gefällt, das Gegebene zurückfordern darf, l. 1. pr. §. 2, l. 2. §. 2, l. 15. pr. h. t., während bekanntlich bei dem Kommodate die Rückforderung erst dann zulässig ist, wenn der durch die Gebrauchs-Ueberlassung beabsichtigte Zweck erreicht worden ist. Jenes freiwillkürliche Rückforderungs-Recht gehört so sehr zu dem Wesen des Prekarium, daß selbst ein Vertrag, wodurch die Dauer des Prekarium auf eine bestimmte Zeit gesetzt ist, den Geber nicht bindet, l. 12. pr. h. t.:

> *Cels.* „Quum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat".

Doch ist allerdings nach einer andren Seite hin ein solcher Vertrag nicht ohne alle Wirksamkeit; nach Ablauf der bestimmten Zeit hört nämlich das bisherige Prekarium von selbst auf, und wenn dennoch der Empfänger in dem Besitze gelassen wird, so ist dieses jetzt ein neues Prekarium, nicht eine Fortsetzung des alten, l. 4. §. ult., l. 5. h. t., eine Unterscheidung, die namentlich auch in Betreff des Anfangs der Verjährungszeit nicht ohne Bedeutung ist, vgl. unten III. 2. Wäre inzwischen der rogatus wahnsinnig geworden oder verstorben, so fällt natürlich die Erneuerung des Prekarium von selbst hinweg, l. 6. pr. h. t. vgl. mit l. 14. locat. (19, 2), Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 774, Bulling a. a. O. S. 14 fgg.

III. Wie durch das Prekarium der Geber schlechthin nicht obligirt wird, so ist nach der ursprünglichen Idee dieses Verhältnisses auch von einer *obligatio* des Empfängers durchaus keine Rede, vgl. l. 14. h. t. (T. 3): „quia nulla eo nomine juris civilis actio esset", l. 14. §. 11. de furt. (47, 2): „non est contra eum civilis actio", und von dieser Seite aufgefaßt erscheint sein Verhältniß viel freier und unbeschränkter als das eines Kommodatars. Die nächste, auch aus innern Gründen nicht unverständige Analogie bietet vielmehr das Verhältniß eines *bonae fidei possessor*. Wie wenn die fremde Sache ex

justa causa in seine Hände gekommen wäre, eben so hat der Empfänger eines Prekarium den juristischen Besitz der Sache, vgl. oben Bd. 1. S. 357; eben so ist er zu keinerlei *diligentia* verpflichtet, l. 8. §. 3. 6. h. t., und eben so endlich ist er auch nicht obligatorisch zur Rückgabe der Sache verbunden, sondern sein Besitz muß nur dem Eigenthumsrechte des Andren weichen. Daß bei diesem völligen Mangel alles besondren Rechtsschutzes für den Geber, das Prekarium verhältnißmäßig nur selten vorkommen konnte, leuchtet von selbst ein, und so wurde es wohl, abgesehen von dem Falle, wenn der Geber dem Empfänger unbedingtes Vertrauen schenkte, und deßhalb um rechtliche Garantieen unbekümmert war, hauptsächtlich nur dann angewendet, wenn der Geber in der Erwartung stand, daß es wohl niemals zu einer Rückforderung kommen werde, sei es, weil der Geber halb und und halb die Sache wegzuschenken gedachte, oder sei es, weil der Empfänger einen eventuellen Rechtsanspruch an die Sache hatte, wie z. B. wenn der creditor fiduciarius oder später der creditor pignoratitius dem Schuldner precario die verpfändete Sache zurückgab, *Gai.* II. 60, l. 6. §. 4, l. 11. h. t., l. 15. §. 2. qui satisd. cog. (2, 8), l. 22. §. 3, l. 29. de pign. act. (13, 7), l. 36. de acquir. v. am. poss. (41, 2), l. 33. §. 6. de usurp. (41, 3), l 16. de O. et A. (44, 7), oder wenn der Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes dem Käufer precario die verkaufte Sache überließ, l. 20. h. t., l. 13. §. 21. de act. emt. (19, 1), l. 11. §. 12. quod vi aut clam (43, 24). — Im späteren Rechte treten aber zu der Vindikation, die bis dahin das einzige Rechtsmittel des precario dans gewesen war, noch andre vortheilhaftere Rechtsmittel hinzu und mit der dadurch bewirkten größeren Sicherstellung des rogatus gewann natürlich auch das Prekarium eine umfassendere Anwendung. So kommt hier

1) schon die Einführung der interdicta *retinendae possessionis* in Betracht. Nach dem bekannten, hierbei geltenden Prinzip, daß derjenige unterliegt, welcher seinem Gegner gegenüber vi, clam oder *precario* besitzt, versteht es sich nämlich von selbst, daß der Geber eines Prekarium sich wirksam des interd. Uti possidetis oder Utrubi bedienen konnte. Aber freilich setzten diese Klagen doch immer voraus, daß der Empfänger des Prekarium noch wirklich im Besitze war, und hatte dieser also etwa die Sache veräußert oder vernichtet, so konnte davon keine Rede sein, und ebenso waren dieselben bekanntlich auf die kurze Frist von einem Jahre beschränkt, was allerdings dem Wesen des meistens auf längere Zeit berechneten Prekarium nicht wohl zusagen konnte, vgl. auch Puchta, Kursus der Justit. Bd. II. §. 225. geg. E., Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 776.

2) Um diesen beiden, eben angedeuteten Uebelständen abzuhelfen, wurde das interd. recuperandae possessionis *de precario* eingeführt, vgl. T. 2, und dadurch konnte nicht nur der Geber zu jeder Zeit durch den bloßen Beweis des Prekarium sich wieder zu seiner Sache hinziehen, l. 8. §. 7. h. t.

> *Ulp.* „Interdictum hoc et post annum competere, Labeo scribit, eoque jure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum“,

ſondern auch, wenn die Sache nicht mehr in den Händen des Empfängers war, konnte vermittelſt dieſer Klage volle Entſchädigung begehrt werden, l. 2. pr. h. t. („aut dolo malo fecisti, ut desineres habere"), l. 8. §. 3. eod. Durch die Einführung dieſer Klage iſt aber das Prinzip, daß der Empfänger eines Prekarium mit dem Geber ſchlechthin in keinem Obligations-Nexus ſtehe, auch nicht im Entfernteſten alterirt worden, und es würde ein entſchiedener Irrthum ſein, in dem interd. de precario eine Art von Vertragsklage erblicken zu wollen. Das einzige Klagfundament iſt vielmehr hier, nicht anders wie bei dem interd. Unde vi, die *vitiosa s. injusta possessio* des Verklagten. Gewiß aber darf man dieſe injusta possessio nicht mit den meiſten älteren und neueren Juriſten, denen namentlich auch v. Savigny S. 557 fgg. Not. 2. (7. Ausg. S. 460. Not. 1) folgt, erſt von dem Augenblicke an datiren, wenn der Empfänger die Rückgabe der Sache verweigert, ſondern der Empfänger eines Prekarium, obwohl er einem jeden Dritten gegenüber entſchieden eine justa possessio hat, hat gleich von Anfang an dem Geber des Prekarium gegenüber eine injusta possessio, ſo daß ihm nicht nur gleich von Anfang an jeder Schutz im Beſitze dem precario dans gegenüber verſagt wird, ſondern auch dieſem gleich von Anfang an das interd. de precario zuſteht, vgl. beſ. *Cuper.*, de nat. poss. P. II. c. 7. (ed. Thibaut p. 102 sqq.), Albert, über das interd. uti possidet. S. 72 fgg., und ſ. auch Bulling a. a. O. S. 35 fgg. Daß dieſes wirklich der Gedanke der römiſchen Juriſten war, geht namentlich auch mit Entſchiedenheit aus der vorher abgedruckten l. 8. §. 7. h. t. hervor, und deßhalb muß denn auch unzweifelhaft die allgemeine Theodoſiſche Extinktiv-Verjährung nicht erſt mit dem Augenblick der geſchehenen Rückforderung zu laufen beginnen, wie die Meiſten mit v. Savigny, Beſitz S. 562. (7. Ausg. S. 463) und Syſt. Bd. V. S. 291. Not. f. annehmen, ſondern vielmehr ſchon mit dem Augenblick der Konzeſſion des Prekarium; ſ. auch Bd. I. S. 228.

3) So wenig aber durch die Einführung des interd. de precario das Prekarium zu einem obligatoriſchen Verhältniß geworden iſt, ſo iſt doch allerdings dem ſpäteren römiſchen Rechte dieſer Geſichtspunkt nicht fremd geblieben. Es wurde nämlich dem rogatus gegen den rogans nach ganz entſchiedenen Quellen-Zeugniſſen ſpäterhin auch eine *actio praescriptis verbis* eingeräumt, l. 2. §. 2. h. t.:

> *Ulp.* „Et naturalem habet in se aequitatem (interd. de precario), namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, *sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*";

l. 19. §. 2. h. t.:

> *Julian.* „Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, *sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*". (Die meiſten Neueren nehmen, gewiß mit Recht, an, daß Statt: incerti *condictione* mit mehreren Handſchriften und alten Ausgaben, vgl. v. Savigny, Syſt. V. S. 98. Not. o, geleſen werden müſſe: incerti

actione; vgl. auch l. 7. §. 2. de pact. (2, 14): „civilem *incerti actionem, id est praescriptis verbis*"; ſ. z. B. außer Savigny a. a. O. auch Haſſe im Rhein. Muſ. VI. S. 83 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitſchr. XI. S. 294, Elvers in ſein. Themis, neue Folge Bd. I. S. 353 fgg., Schmidt a. a. O. S. 115 fgg. Not. 112. Doch ſind Manche wirklich der Meinung, daß dem rogatus auch eine incerti *condictio* zuſtehe, und wollen demgemäß das „id est praescriptis verbis" entweder ganz ſtreichen, wie z. B. Bulling a. a. O. S. 66, oder es doch für einen Tribonianismus erklären, wie z. B. Puchta, Kurſ. der Inſtit. II. §. 165. geg. E. Not. eee, *Machelard* cit. p. 287. suiv., oder auch ſtatt „id est leſen „*et*", wie z. B. Unterholzner II. S. 566. Not. c).

Vgl. auch *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 10.

„Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precario habet, restituat; *nam et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit*, eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet".

Durch die Einräumung dieſer Klage iſt aber anerkannt, daß der rogans, auch abgeſehen von ſeiner vitiosa possessio, ſchon vertragsmäßig zur Rückgabe der precario empfangenen Sache verpflichtet ſei, vgl. auch l. 23. de R. J.:

Ulp. „*Contractus* quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et *precarium* — — —",

und in der That iſt auch nicht wohl in Abrede zu ſtellen, daß dieſes ein der Natur des Verhältniſſes ganz entſprechender Geſichtspunkt iſt, vgl. auch l. 1. §. 2. h. t. „qui precario concedit, sic dat, *quasi tunc recepturus*" etc. Seitdem hat nun alſo der Rogatus die Wahl, ob er die Vertragsklage, die *actio praescriptis verbis* anſtellen, oder ob er das *interd. de precario* aus der vitiosa possessio des Rogans gebrauchen will. Daß aber durch die Einführung der actio praescriptis verbis auch materielle Veränderungen in dem Rechtsverhältniß des rogans eingetreten wären, läßt ſich nicht erweiſen, und namentlich iſt die Behauptung, daß jetzt der Empfänger des precarium auch zu eigentlicher diligentia verpflichtet, und wegen omnis culpa verantwortlich ſei, gewiß irrig, indem uns nicht nur nirgends eine ſolche Aenderung in den Quellen angedeutet, ſondern umgekehrt in der vorher abgedruckten l. 23. de R. J. die Haftung des rogans blos wegen dolus beſtimmt anerkannt wird, obwohl gerade in dieſer Stelle von dem Geſichtspunkt eines Kontrakts ausgegangen wird. Höchſtens kann man der Einführung der actio praescriptis verbis einen Einfluß auf die Haftpflicht der Erben des rogans zugeſtehen, ſ. unten Nr. V. 1.

IV. Es liegt ganz in der Natur der Sache, daß nicht blos körperliche Sachen — einerlei, ob bewegliche oder unbewegliche, l. 14. pr. h. t. — ſondern auch unkörperliche, namentlich Servituten, den Gegenſtand eines Prekarium ausmachen können, l. 15. §. 2. h. t:

Pompon. „Precario habere etiam ea, *quae in jure consistunt*, possumus, ut immissa vel protecta",

d. h. der Eigenthümer kann Jemanden precario ſolche Befugniſſe einräumen,

welche den materiellen Inhalt einer Servitut bilden, „veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas“; l. 3. h. t. Ist dieses nun aber geschehen, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Rogans dadurch kein wirkliches Servitutenrecht erhält — eben so wenig, wie durch die prekäre Hingabe einer körperlichen Sache Eigenthum auf den Empfänger übergeht —, und es ist also begreiflich ein sehr bedeutender Unterschied, ob ich Jemanden eine Servitut mit der Nebenbestimmung „quamdiu volam“ konstituire, l. 4. pr. de servit. (8, 1), oder ob ich Jemanden eine derartige Befugniß precario einräume; vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 117 fgg., Bulling a. a. O. S. 9 fgg. In dem letztern Falle entsteht vielmehr — gerade so wie bei der prekären Hingabe einer körperlichen Sache für den Empfänger nur die *corporis possessio* begründet wird — blos eine *juris possessio*, l. 2. §. 3. h. t.:

> *Ulp.* „Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis *vel juris* adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere *aut uti* liceat“. (Daß das *uti* in den Schlußworten auf die *juris* possessio geht, das vorhergehende *possidere* aber auf die *corporis* possessio, kann doch nicht wohl bezweifelt werden, und damit fällt von selbst zusammen, was Schmidt a. a. O. S. 19 fgg. Not. über dieses ihm bedenklich scheinende „possidere *aut* uti“ vorbringt),

und zwar eine juris possessio, die natürlich ebenfalls dem Konzedenten gegenüber von Anfang an injusta ist, so daß auch darauf unbedenklich das generell gefaßte interd. de precario („*Quod* precario ab illo habes — —, *id* restituas“) anwendbar ist. — Daß auch der Servitutberechtigte selbst die Ausübung seiner Servitut dann, wenn dieselbe ihrer Natur nach eine Uebertragung zuläßt, precario an einen Andren überlassen kann, bedarf wohl keiner besondren Hervorhebung, und so versteht es sich, daß namentlich dem Usufruktuar eine solche Befugniß unbedenklich zusteht, l. 12. §. 2. de usufr. (7, 1).

V. Bei der Frage, welchen Einfluß der Tod des einen oder andren Interessenten auf unser Verhältniß äußere, müssen der Einfluß auf die Klage, und der Einfluß auf das Prekarium selbst von einander unterschieden werden.

1) Was die Klage anlangt, so versteht es sich ganz von selbst, daß das *interd. de precario* unbedenklich auf die Erben des rogatus übergeht, während, allgemeinen Grundsätzen über die Deliktsklagen gemäß, dasselbe gegen die Erben des rogans nur insoweit angestellt werden kann, als sie noch reicher sind, l. 8. §. ult. h. t.:

> „— — ex dolo autem defuncti hactenus, *quatenus ad eum pervenit*“.

In dieser Beziehung muß aber gewiß die *actio praescriptis verbis* andern Grundsätzen folgen, denn es ist kein Grund ersichtlich, weßhalb eine Kontraktsklage nicht in solidum gegen die Erben angestellt werden dürfte; s. jetzt auch *Machelard* cit. p. 283.

2) Was aber den Einfluß des Todes auf das Prekarium selbst betrifft,

ſo iſt hier zunächſt ſoviel gewiß, daß der Tod des *precario dans* das Prekarium nicht aufhebt, l. 8. §. 1. h. t.:

> *Ulp.* „Quod a Titio precario quis rogavit, ***id etiam ab herede ejus precario habere videtur***, et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque jure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adjicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere“,

l. 12. §. 1. h. t., eine Regel, die jedoch dann eine Ausnahme leidet, wenn dem Prekarium ausdrücklich die Bedingung „quamdiu volam“ zugefügt worden wäre, l. 4. locati (19, 2):

> *Pompon.* „Locatio precariive rogatio ita facta, *quoad is qui eam locasset dedissetve, vellet,* morte ejus, qui locavit, tollitur“.

Ganz anders aber verhält es ſich, wenn der Empfänger des Prekarium ſtirbt, denn dadurch erlöſcht daſſelbe ſtets, wenn es nicht etwa ausdrücklich auch auf die Erben geſtellt iſt, l. 12. §. 1. h. t.:

> *Cels.* „Precario rogatio et ad heredem ejus, qui concessit, transit, *ad heredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit,* quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est“,

und es kann demnach nur von der Entſtehung eines neuen Prekarium für die Erben die Rede ſein. Dazu gehört aber natürlich, daß die Erben von dem Daſein dieſes Prekarium Kunde haben, l. 11. de divers. temp. praescr. (44, 3):

> *Papinian.* „— — quamvis precarium ***heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur*** — —“

und außerdem gehört natürlich dazu, daß auch der Eigenthümer, wenigſtens ſtillſchweigend, ſeinen Willen, die Sache precario bei den Erben zu laſſen, erklärt habe. Das Letztre iſt aber begreiflich nicht möglich, wenn derſelbe von dem Tode des rogans noch gar nichts erfahren hat, und in dieſem Falle beſitzen alſo die Erben nicht precario, ſondern vielmehr clam; und dieſes iſt wohl der urſprüngliche Gedanke einer nur unvollſtändig und verderbt auf uns gekommenen Stelle in *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 12:

> „Heres ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, ***clam videri possidere,*** nullae enim preces ejus videntur adhibitae; et ideo persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est“.

Nur dann, wenn dieſe beiden Vorausſetzungen zuſammentreffen, und alſo ein neues Prekarium in der Perſon der Erben angenommen werden kann, darf das interd. de precario aus ihrer eigenen Perſon gegen ſie angeſtellt werden, und in dieſem Falle haften ſie natürlich ganz eben ſo wie der urſprüngliche Empfänger, l. 8. §. ult. h. t.:

> *Ulp.* „Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut, sive habet, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit“,

d. h. „wenn auch in der Perſon des Erben ein Prekarium angenommen werden darf, ſo haftet dieſer natürlich in demſelben Umfang, wie der urſprüngliche

rogans; aber wegen des Dolus seines Erblassers haftet er auch in diesem Falle doch nur bis zum Belaufe der Bereicherung". Wollte man, wie es freilich allgemein zu geschehen pflegt (vgl. z. B. auch jetzt wieder *Machelard* cit. p. 272 suiv. und Windscheid, Lehrb. I. §. 160. Not. 22), in diesem Ulpianischen Ausspruch den Satz finden, daß gegen die Erben immer ohne Weiteres das interd. de precario aus ihrer eigenen Person angestellt werden könne, so würde darin nicht nur offensichtlich ein Verstoß gegen alle Rechtskonsequenz liegen, sondern auch ohne alle Noth eine unauflösliche Antinomie mit andren bestimmten Quellen-Aussprüchen, l. 12. §. 1. h. t., l. 11. de divers. temp. praescr., geschaffen werden. Ist es denn aber etwas so Gewagtes, bei Ulpian eine Bedingung zu subintelligiren, die sich im Grunde schon ganz von selbst versteht, und die überdies nach andren bestimmten Gesetzen sich als nothwendig herausstellt?

VI. Die bisherigen Erörterungen haben zu so wesentlichen Verschiedenheiten zwischen dem Prekarium und dem Kommodatum geführt, — ganz freies Rückforderungsrecht zu jeder Zeit, keine actio contraria, regelmäßiger Uebergang der juristischen possessio, Haftung blos wegen dolus und culpa lata —, daß eine neue Theorie, wornach schon nach neuerem römischen Rechte fast gar keine Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen vorkämen, und im heutigen Rechte der ganze Titel de precario entschieden ganz unpraktisch wäre, vgl. Kritz in den beiden angeff. Schriften, einer besondren Widerlegung nicht bedürftig erscheint. In einer Beziehung muß man aber gewiß dem Vertheidiger dieser neuen Theorie beistimmen. Man behauptet nämlich gewöhnlich, es unterschieden sich das Kommodatum und Prekarium wesentlich und charakteristisch dadurch von einander, daß bei dem ersteren immer ein bestimmter Gebrauch ausdrücklich angegeben werden müsse, während sich dies bei dem Prekarium anders verhalte. Gegen diese Behauptung ist nun Kritz a. d. aa. OO., und zwar besin den Rechtsf. S. 189 fgg. mit Entschiedenheit aufgetreten, und wie ich glaube mit größtem Rechte, obwohl jetzt wieder Schmidt a. a. O. S. 157 fgg. sich mit Eifer jener herrschenden Lehre angenommen hat. In der That ist mir aber kein Gesetz bekannt, wodurch es zu einem wesentlichen Merkmal des Kommodatum gestempelt wäre, daß man Zweck der Hingabe und Art des Gebrauchs ausdrücklich angeben müsse, und namentlich enthalten die von Schmidt besonders dafür angeführten Stellen, l. 5. §. 7. und §. 8. commodati (13, 6) einen solchen Grundsatz nicht, sondern ihr einfacher Sinn ist nur, daß dann, wenn bei dem Kommodate spezielle Bestimmungen über die Art und Weise des Gebrauchs gemacht seien, der Kommodatar sich durch Nichtachtung dieser Beschränkungen verantwortlich mache; und höchstens läßt sich daraus ableiten, daß die Zufügung solcher Beschränkungen bei den Römern sehr gewöhnlich war. Da aber kein Gesetz dagegen ist, und auch die Natur der Sache nicht im Mindesten widerstreitet, so muß man m. E. unbedenklich annehmen, daß ein wahres Kommodat auch ohne alle spezielle Erklärung über die Modalität des Gebrauchs abgeschlossen werden kann, in welchem Falle dann, in Gemäßheit der hier normirenden bona fides, dem Kommodatar derjenige Gebrauch gestattet ist, welcher den vermuthlichen Willen des Kommodanten für sich hat, und zwar ist diese Annahme um

so unbedenklicher, da sogar dann, wenn besondere Bestimmungen über Zweck und Gebrauchsart gemacht sind, der Kommodatar darüber hinausgehen darf, wenn er Grund zu glauben hat, daß der Kommodant nichts dagegen einwenden würde, l. 76. pr. de furt. (47, 2), §. 7. J. de obl. quae ex del. (4, 1). Wie nun hiernach gewiß ein wahres Kommodat ohne alle ausdrückliche Zweckbestimmung abgeschlossen werden kann, so steht auf der andren Seite auch nichts im Wege, bei der Konzession eines Prekarium die Art des Gebrauchs ausdrücklich zu bestimmen; denn nirgends ist eine solche Beschränkung verboten oder für unwirksam erklärt worden, und nirgends ist gesagt, daß dadurch, wie Schmidt meint, das Prekarium in ein Kommodatum übergehe. Das einzig Wesentliche — wir müssen es wiederholen — ist vielmehr, ob der Konzedent schlechthin blos den Empfänger verpflichten will, dann ist ein Prekarium mit allen seinen Eigenheiten vorhanden, oder ob er ein negotium kontrahiren, und also auch sich selbst obligiren will, und dann ist ein Kommodatum abgeschlossen, und die hierüber geltenden Grundsätze müssen zur Anwendung kommen. Vgl. auch Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 786 fgg.

4) Widerrechtliche Anwendung von Zwang (actio quod metus causa). §. 692.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit, Cod. II. 20. [19] de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Glück V. S. 468 fgg., Unterholzner II. S. 81 fgg., Koch III. S. 1001, Kritz, Rechtsfälle Bd. V. Nr. 1. („Feststellung des Begriffs quod metus causa gestum«). — Schliemann, die Lehre vom Zwang S. 15 fgg., *Kramer*, de Leer van dem psychischen Zwang in het burgerligke Regt. Sgravenh. 1864. p. 199 sqq. — Vgl. auch Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 283 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 377 fgg., Rudorff in der gesch. Zeitschr. XII. 3. („über die Oktavianische Formel"). S. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 319 fgg. und über einen einzelnen Punkt in der Lehre von der actio quod metus causa s. Band I. §. 207. Anm. 2. S. 378 fg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

2) *Ulp.* l. 9. §. 3. h. t.: Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium

perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare; et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. §. 4. Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

3) *Ulp.* l. 14. §. 3. h. t.: In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim, hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam quum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit, et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat, metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Vgl. l. 9. §. 8. h. t.: Quum autem haec actio *in rem sit scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito etc. Vgl. Schmidt v. Ilmenau, zivil. Abhh. I. S. 3 fgg.

4) *Ulp.* l. 14. §. 1. 2. h. t.: Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne, quodcunque restitui oportet. Satis clementer cum reo Praetor agit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. (§. 2.) In causae autem cognitione versatur, ut si alia actio non sit, tunc haec detur.

5) *Ulp.* l. 16. §. 2. h. t.: Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen,

quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

6) *Ulp.* l. 4. §. 33. de doli mali et metus except. (44, 4): Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio *in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est,* ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio objici possit.

5) Argliſt.

A. Im Allgemeinen (actio und exceptio doli). §. 693.

Dig. IV. 3, Cod. II. 21. [20] de dolo malo. — Glück V. S. 513 fgg., Unterholzner II. S. 74 fgg. S. 747 fgg., Koch III. S. 997 fgg. — Hänel im ziv. Arch. XII. 20. („über das Weſen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli«). Vgl. auch Burchardi, Wiedereinſetzung S. 283 fgg., Schneider, ſubſid. Klagen S. 308 fgg. — Ueber *exceptio doli* insbeſondere: Dig. XLIV. 4. de doli mali et met. exceptione, Hänel a. a. O. S. 419 fgg., Kritz, Rechtsfälle Bd. II. S. 296 fgg. („zu dem Titel der Pandekten de doli mali et met. exc.«); ſ. auch oben Bd. I. §. 185. Anm. S. 318 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Verba Edicti haec sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.*

2) *Ulp.* l. 15. §. 3. h. t.: In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.

3) *Ulp.* et *Paul.* l. 9. §. ult., l. 10, l. 11. pr. h. t.: Merito causae cognitionem Praetor inseruit, neque enim passim haec actio indulgenda est, nam ecce in primis si modica summa sit, [l. 10.] id est, usque ad duos aureos, [l. 11.] non debet dari.

4) *Marcian.* l. 36. h. t.: Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

5) *Ulp.* l. 2. §. 1. 2. de doli mali exc. (44, 4): Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio, et quibus personis objiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem: *si in ea re nihil dolo malo factum est,* sed sic: *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.* Docere igitur debet is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum; aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat. (§. 2). Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio, neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

B. Insbesondere.

a) Calumnia. §. 694.

Dig. III. 6. de calumniatoribus. (Der Rodextitel IX. 46. de calumniatoribus behandelt ein anderes, dem Privatrechte fremdes, Verbrechen). — Glück V. S. 386 fgg., Unterholzner II. S. 785 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: In eum, qui ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum ejus pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.

2) *Gai.* et *Ulp.* l. 4, l. 5. pr. h. t.: Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest, [l. 5.] in heredem autem competit in id, quod ad eum pervenit.

3) *Ulp.* l. 5. §. 1. h. t.: Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur, nam si et dantis, melior causa erit possidentis. Quare, si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? *Sed puto sufficere alterutram actionem.* Ubi

autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem. Vgl. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. I. p. 484. (Auch die Baſiliken LX. 1. 5. und der Scholiaſt dazu bei Fabr. VII. p. 15 sq. schol. e, bei Heimb. V. p. 231. schol. 15. verſtehen die Stelle von einem ſchlechthin exkluſiven Verhältniß beider Klagen, eine Deutung, die auch freilich grammatiſch faſt nothwendig iſt, obwohl ſie aus innern Gründen ſehr bedenklich erſcheint. Auch die heutigen Juriſten ſind noch verſchiedener Anſicht, und ſo nehmen z. B. Glück a. a. O. S. 389, Wening §. 337 u. A. an, daß auch nach durchgeſetzter condictio ob turpem causam doch noch innerhalb eines Jahres die actio in factum auf das Dreifache angeſtellt werden dürfe, während dies z. B. von Göſchen §. 624, Savigny, Syſt. VI S. 257 fgg. N. 5, Martens, über Konkurrenz und Kolliſ. der Zivilklagen S. 37 fg. S. 51 u. A. m. entſchieden in Abrede geſtellt wird).

b) Verhindertes Erſcheinen vor Gericht. §. 695.

1) Dig. II. 7. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. Glück III. S. 421., Unterholzner II. S. 783 fgg.

a) *Ulp.* l. 5. §. 1. h. t.: In eum autem, qui vi eximit, in factum judicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est; hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. Glück a. a. O. S. 423 fgg.

b) *Ulp.* l. 5. §. 4. h. t.: Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit; neque autem in heredem, neque post annum dabitur.

2) Dig. II. 10. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat. Glück III. S. 485 fgg., Unterholzner II., S. 752 fgg.

a) *Julian.* l. 3. pr. h. t.: Ex hoc Edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti. In quo judicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem, veluti si reus tempore dominium rei interim sibi acquirat, aut actione liberatus fuerit.

b) *Ulp.* l. 1. §. 6. h. t.: Et heredi datur, sed non ultra

annum; adversus heredem autem hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti heres non lucretur.

c) Alienatio judicii mutandi causa facta. §. 696.

Dig. IV. 7, Cod. II. 55. [54] de alienatione jud. mut. causa facta. — Glück VI. S. 54 fgg., Unterholzner II. S. 89 fgg., *Schmid* de litigiosar. rer. alienat. Jen. 1840. p. 84 sqq.

1) *Gai.* l. 1. pr. h. t.: Omnibus modis Proconsul id agit, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Et quum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.

2) *Ulp.*, *Paul.*, *Gai.* l. 4. §. ult., l. 5. 6. 7. h. t.: Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet; quare et heredi dabitur, in heredem autem [l. 5.] vel similem [l. 6.] vel post annum non dabitur, [l. 7.] quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

d) Alienatio in fraudem creditorum facta. §. 697.

Dig. XLII. 8. [9] quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur; Cod. VII. 75. de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Unterholzner II. S. 92 fgg., Koch II. S. 753 fgg., Windscheid, Lehrb. II. §. 463. — v. Schröter in der Gießer Zeitschr. VI. S. 131 fgg., Francke im ziv. Arch. XVI. S. 125 fgg., S. 251 fgg., Laspeyres das. XXI. S. 35 fgg. (wenn auch die beiden letztangeführten Abhh. nur einen einzelnen Punkt aus unsrer Lehre ex professo behandeln, vgl. die Anm., so verbreiten sie sich doch auch über die Natur der actio Pauliana im Allgemeinen), Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel Bd. V. S. 89 fgg., Windmüller, die Anfechtung simulirter und sonstiger Veräußerungen. Berlin 1854. S. 27 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. XIV. S. 1 fgg. — Vgl. auch oben Bd. I. S. 300 fg., Voigt, cond. ob caus. S. 784 fg.

1) *Ulp.* l. 25. de reb. auctor. judic. possidend. (42, 5): Ait Praetor: *Quod postea contractum erit, quam is cujus bona venierint consilium receperit fraudare, sciente eo, qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.*

2) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo.*

3) *Ulp.* l. 10. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex Edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita etsi scientia non sit in factum actionem permittam.* — Da wir aus l. 67. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 96. pr. de solut. (46, 3), l. 1. C. Th. de integr. rest. (2, 16) wiſſen, daß der Prätor auch ein beſonderes *interdictum fraudatorium* eingeführt hat, ſo dürfen wir nicht zweifeln, daß wir in der abgedruckten Stelle, bis zu dem Worte *restituas*, die formula für dieſes Interdikt beſitzen. Nach dem Wenigen, was wir davon wiſſen, ſcheint es, daß keine weſentlichen materiellen Verſchiedenheiten zwiſchen dieſem Interdikte und der actio Pauliana Statt gefunden haben, vgl. jedoch *Cujac.* in libr. XI. Resp. Papiniani ad l. 96. de solut. (in opp. IV. p. 1319 sqq.), v. Schröter a. a. O. S. 135 fgg., Unterh. II. S. 141., Leiſt, Bonor. poss. I. S. 353 fgg., Schmidt Interd. Verf. S. 46 fg. S. 308 fgg., Huſchke a. a. O. S. 77 fgg. S. 116 fgg., *Machelard* des interd. p. 55 suiv. not. 2.. Windſcheid, Lehrb. §. 463 Anm. 1. 6. 15. 17. 21.

4) *Ulp.* l. 10. §. 2. h. t.: Quod ait Praetor „*sciente*“, sic accipimus, te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. — 5) *Ulp.* l. 6. §. 11. h. t.: Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui do-

natum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores; nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

6) *Ulp.* l. 10. §. 1. h. t.: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio: si autem horum pecunia quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore; secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est, eoque jure utimur.

Anm. Während es ganz unzweifelhaft ist, daß Zahlungen, welche der Kridarius an einen einzelnen Gläubiger macht, dann unbedenklich zurückgerufen werden dürfen, wenn dieselben nach Eröffnung des Konkurses (also nach erfolgter missio in bona) gemacht worden sind, l. 6. §. 7, l. 10. §. 16. h. t., so ist es eine eben so interessante, als bestrittene Frage, ob und inwiefern die Paulianische Klage auch auf solche Zahlungen Anwendung finde, welche vor Ausbruch des Konkurses geschehen sind, vgl. bes. Francke a. a. O. („über die Zulässigkeit der a. Paul. bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs Statt") und Laspeyres a. a. O. („über Anfechtung von Zahlungen mit der a. Paul."), und s. auch Windmüller a. a. O. S. 40 fgg.

I. Wir setzen vorerst den Fall, daß der Fraudator eine völlig wirksame, bereits fällige Forderung eines einzelnen Gläubigers vor Ausbruch des Konkurses durch Zahlung getilgt hat, während es gewiß ist, daß dieser Gläubiger, wenn er seine Befriedigung im Konkurse hätte suchen müssen, Nichts oder doch nicht Alles erhalten haben würde. Für diesen Fall sind besonders drei Theorieen aufgestellt worden. Die eine, namentlich von vielen älteren Juristen vertheidigte Ansicht geht dahin, daß hier die Paulianische Klage unbedenklich, und zwar ohne alle Rücksicht auf bona oder mala fides des befriedigten Gläubigers, statthaft sei, vorausgesetzt nur, daß der Schuldner den einen Gläubiger vor dem andren habe befriedigen wollen, daß er also, wie man sich auszudrücken pflegte, per gratificationem Zahlung geleistet habe (s. g. Gratifikations-Theorie; vgl. die Zitate bei Francke S. 135. Not. 20). Dagegen nahmen Andre gerade umgekehrt an, daß in solchem Falle die actio Pauliana schlechthin unstatthaft sei, vgl. z B. die bei Francke S. 138 fgg. Not. 25—29. Angeff., und diese Theorie hat bes. Francke a. a. O. vertheidigt, und überhaupt haben sich ihr die meisten Neueren angeschlossen. Wieder Andere endlich gehen davon aus, daß allerdings die Anwendbarkeit der actio Pauliana auch auf solche Zahlungen

behauptet werden müſſe, aber nur, wenn die regelmäßigen Erforderniſſe dieſer Klage vollſtändig vorhanden ſeien, wenn alſo namentlich nicht blos das consilium fraudandi in der Perſon des Kridarius, ſondern auch die conscientia fraudis in der Perſon des befriedigten Gläubigers gehörig bewieſen ſeien; vgl. z. B. die bei Francke Not. 24. Angeff., und jetzt beſonders Laspeyres a. a. O. — Die zuerſt angeführte, die ſ. g. Gratifikations-Theorie hat m. E. weder innere noch äußere Gründe für ſich; gegen die zuletzt genannte läßt ſich zwar dem Prinzip nach gewiß nichts einwenden, aber ich halte ſie darum für unanwendbar, weil eine der darnach nothwendigen Vorausſetzungen für die actio Pauliana, die mala fides des befriedigten Gläubigers, gar nicht gedenkbar iſt; und ſo bleibt uns denn nur die Meinung übrig, die ich auch in der That für die einzig richtige halte, daß die actio Pauliana auf ſolche Zahlungen, wie wir ſie oben vorausgeſetzt haben, überhaupt gar nicht anwendbar iſt. Man bemerke:

1) Bei der allgemeinen Ausdrucksweiſe des Prätoriſchen Edikts („quae fraudationis causa gesta erunt“, vgl. auch l. 1. §. 2, l. 2—5. h. t.) läßt es ſich an ſich nicht wohl bezweifeln, daß auch Zahlungen an Gläubiger unter dieſes Edikt ſubſumirt werden müſſen, wenn nur die allgemeinen Vorausſetzungen deſſelben bei ihnen zuſammentreffen, d. h. wenn consilium fraudandi in der Perſon des Kridar, mala fides in der Perſon des befriedigten Gläubigers, und eventus fraudis wirklich vorhanden ſind. Daß das erſte und dritte Erforderniß bei ſolchen Zahlungen eben ſo gut wie bei andren Geſchäften des Kridars vorkommen können, iſt nicht zu bezweifeln; wie aber auch das zweite Requiſit, mala fides in der Perſon des Empfängers, hierbei gedacht werden könne, vermag ich nicht einzuſehen. Der Gläubiger, der dasjenige annimmt, was er von Rechtswegen zu fordern hat, macht ſich durch dieſe Annahme niemals eines Dolus ſchuldig, obſchon er weiß, daß der Schuldner inſolvent iſt, und es ihm auch wohl bekannt iſt, daß er nach ausgebrochenem Konkurs Nichts oder doch nicht das Ganze erhalten würde, und daß alſo die übrigen Gläubiger in Folge ſeiner jetzigen Befriedigung eine Einbuße erleiden müſſen; denn verſtändiger Weiſe kann Niemanden zugemuthet werden, ſich freiwillig einem Verluſte zu unterziehen, oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechts zu verzichten, blos um Andre vor einem Verluſte zu ſchützen. Er macht ſich ſo wenig eines dolus oder einer fraus ſchuldig, daß vielmehr, wenn etwa ein Tutor oder Kurator die Annahme einer ſolchen Zahlung verweigerten, dieſelben dadurch unbezweifelt ihrem Pflegling verantwortlich würden! Was in der Perſon des Schuldners als Chikane gegen die übrigen Gläubiger erſcheinen kann, daß er nämlich dem Einen vor den Uebrigen Zahlung leiſtet, das verliert dieſen Charakter völlig in der Perſon des Gläubigers, der die gebotene Befriedigung annimmt, wenn ihm auch das unreine Motiv des Schuldners vollkommen bekannt iſt.

2) Was eben aus der allgemeinen Theorie der actio Pauliana gefolgert wurde, was wir alſo annehmen müßten, wenn gar kein ſpezielles Geſetz über unſre Frage vorhanden wäre, das iſt auch in einer ganzen Reihe von Geſetzen ganz beſtimmt und unzweideutig ausgeſprochen. Hierher gehört zunächſt der allgemeine Ausſpruch der l. 129. pr. de R. J.:

Paul. „Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit“.

Hierher gehören aber ferner die ganz bestimmten, in spezieller Beziehung auf unsre Frage stehenden Entscheidungen in l. 6. §. 6. und 7. h. t.:

> *Ulp.* „Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur, receperat; eum enim, quem Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse; totum enim Edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit, utputa pignora venditionesque. (§. 7) Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset".

Wenn auch der erste Theil dieser Stelle, nämlich §. 6, wohl nicht eigentlich unsre Frage berührt, obwohl dies die meisten Ausleger annehmen, sondern vielmehr den andren Fall entscheidet, wenn an den Kridarius eine Zahlung geleistet wird — wodurch ja begreiflich auch den Kreditoren ein Objekt für ihre Befriedigung entzogen werden kann —, vgl. auch Laspeyres a. a. O. S. 58 fgg. und Huschke S. 131 fg. Not., so ist doch auch diese Entscheidung für unsre Frage nicht ohne Interesse, indem ja auch hier entschieden von dem Grundsatze ausgegangen wird, *„eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere"*. Der zweite Theil der Stelle, nämlich §. 7, beantwortet aber ex professo unsre Frage, und da wird denn mit möglichst klaren Worten das Dogma hingestellt, daß der Gläubiger, welcher seine Befriedigung erwirkt, ehe der Konkurs wirklich zum Ausbruch gekommen ist, niemals mit der actio Pauliana angegriffen werden könne, wenn ihm auch die Insolvenz des Schuldners vollkommen bekannt gewesen ist, wenn er also auch recht gut gewußt hat, daß durch seine Befriedigung die übrigen Gläubiger in Nachtheil gekommen sind. Und hiermit stimmt denn auch vollständig die l. 24. fin. h. t. überein:

> *Scaevola.* „Quid ergo, si quum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito, et si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, *ideo quoque non revocatur id, quod percepi*".

Offenbar wird es hier als sich ganz von selbst verstehend angesehen, daß von der a. Pauliana dann keine Rede sein könne, wenn dem Gläubiger die Zahlung freiwillig angeboten worden sei. Zweifel könne nur der andre Fall erregen, wenn der Gläubiger den demnächstigen Ausbruch des Konkurses fürchtend, durch ungestümes Drängen und Mahnen die Zahlung herauspreßt, weil hier noch am Ehesten von einer mala fides des Gläubigers gesprochen werden könnte; aber auch in diesem problematischen Falle lautet die einfache und bestimmte Ent-

ſcheidung: „sed vigilavi — —, ideo quoque non revocatur id, quod percepi“! vgl. auch l. 10. §. 16. h. t.

3) Einiges Bedenken könnte nur durch l. 25. §. 1. h. t. entſtehen. Hier wird der Fall behandelt, wenn der Schwiegervater consilio fraudandi ſeinem Schwiegerſohne eine dos beſtellt; kennt der Schwiegerſohn die Inſolvenz, ſo iſt die actio Pauliana gegen ihn begründet: „in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, *non magis, quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit*, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit“. Hier liegt nun allerdings folgende Argumentation nahe: der Schwiegerſohn, welcher von dem Schwiegervater eine dos empfängt, wird in Parallele gebracht mit dem Gläubiger, welcher von ſeinem Schuldner befriedigt wird, und wie nun Venulejus im erſtren Falle zwiſchen dem wiſſenden und nichtwiſſenden Ehemann unterſcheidet, ſo muß doch wohl auch im zweiten Falle zwiſchen dem wiſſenden und nichtwiſſenden Gläubiger unterſchieden, und im Falle des Wiſſens die actio Pauliana geſtattet werden; vgl. auch Laspeyres a. a. O. S. 60 fgg. Augenſcheinlich bringt aber Venulejus nicht überhaupt den dotirten Ehemann mit dem befriedigten Gläubiger in Parallele — was auch aus innern Gründen ganz unpaſſend geweſen ſein würde —, ſondern nur der *ignorans* maritus wird mit dem creditor verglichen, um damit anzudeuten, daß der dotirte Ehemann nicht als Beſchenkter gelten könne, und alſo allerdings ſeine ignorantia berückſichtigt werden müſſe. Für den Fall des Mitwiſſens deutet Venulejus auch nicht entfernt auf eine ſolche Parallele hin, offenbar, weil ſie hier unwahr und unpaſſend geweſen ſein würde, denn der *sciens maritus* iſt aus guten Gründen der actio Pauliana unterworfen, während dies bei dem *sciens creditor* aus andren guten Gründen nicht der Fall iſt, und gerade, weil hier die Entſcheidung eine verſchiedene ſein muß, hütet ſich in dieſem Falle Venulejus vor einer Vergleichung. Offenbar ſtreitet alſo die l. 25. §. 1. cit. ſo wenig gegen unſre Anſicht, wie Laspeyres irrig meint, daß ſie vielmehr ein nicht unbedeutendes Argument für dieſelbe enthält.

4) Ganz beſondres Gewicht legt noch Laspeyres a. a. O. S. 96 fgg. auf l. 96. pr. de solut. (46, 3):

> *Papinian.* „Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit; liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur; *sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit*“.

Darauf, daß hier nicht von der actio Pauliana, ſondern von dem interdictum fraudatorium die Rede iſt, lege ich gar kein Gewicht, denn ich glaube nicht, daß weſentliche Verſchiedenheiten in den Vorausſetzungen dieſer Klagen begründet waren, ſ. oben T. 3, und wenn aus dieſer Stelle hervorgeht, daß der Gläubiger durch Annahme der Zahlung wirklich particeps fraudis werden kann, ſo bezweifle ich keinen Augenblick, daß die actio Pauliana ganz eben ſo gut, wie das interd. fraudatorium gegen ihn anwendbar iſt. Offenbar hat aber dieſer Fall das Beſondre, daß hier der Gläubiger nicht mit dem eigenen Gelde des Fraudator befriedigt worden iſt, ſondern mit dem Gelde des Pupillen;

und wenn der Gläubiger dieſes wußte, wenn ihm alſo bekannt war, daß der Mündel ſeines Schuldners ausgeplündert wurde, um ihn zu befriedigen, dann iſt er freilich unleugbar in einer wahren mala fides, und die actio Pauliana iſt ſicher begründet. Aber hieraus kann m. E. unter keiner Vorausſetzung ein Schluß auf den Fall gemacht werden, der uns hier allein beſchäftigt, wenn nämlich ein Ueberſchuldeter wirklich aus dem Seinigen einen Gläubiger zum Nachtheil der Uebrigen befriedigt.

5) Wie bei ſo klaren Quellen-Ausſprüchen, wornach die actio Pauliana gegen den befriedigten Kreditor ganz und gar unſtatthaft iſt, ſelbſt wenn derſelbe mit der Inſolvenz des Schuldners vollkommen bekannt war, die von dieſem Satze ſo weit abweichende Gratifikations-Theorie habe entſtehen können, könnte unbegreiflich ſcheinen, wenn nicht zwei Geſetze vorhanden wären, welche als die eigentlichen Pfeiler derſelben angeſehen werden müſſen. Es ſind dies nämlich l. 6. §. 1. 2. de reb. auctor. judic. poss. (42, 5) und l. 24. h. t. Die erſte Stelle lautet ſo:

> *Paul.* „Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. (§. 2.) Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Julianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. *Quodsi utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse, aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum, quod accepisti*“,

und in der zweiten Stelle, in l. 24. h. t., heißt es folgender Maaßen:

> *Scaevola.* „Pupillus patri heres exstitit. et uni creditorum solvit; mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt; an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam ceteri creditores, an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi; sin vero juste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si rel. (die Fortſetzung ſ. oben S. 623).

Allerdings wird in beiden Stellen mit klaren Worten geſagt, daß die Zahlung ſtets dann revozirt werden dürfe, wenn dieſelbe per gratificationem geſchehen ſei, wenn alſo der Zahlende den einen Gläubiger vor dem andern habe begünſtigen wollen. Augenſcheinlich iſt hier ja aber gar nicht von unſrer Frage, von der Reſziſſion einer geſchehenen Zahlung mittelſt der actio Pauliana, die Rede, ſondern von dem ganz andren Falle, wenn ein suus heres einzelne Erbſchafts-Gläubiger befriedigt, und hierauf von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht. Bei der Frage, ob das, was ein ſolcher suus heres in ſeiner Erbenqualität vorgenommen hat, nach der Abſtention rechtsbeſtändig bleibe, oder

nicht, entscheidet der einfache Grundsatz, daß es dabei wesentlich nur auf die bona oder mala fides des Erben ankommt, wie Paulus im Eingang der ersten Stelle, in l. 6. §. 1. cit. deutlich ausspricht, vgl. auch l. 44. de acqu. v. om. hered. (29, 2) [„rata haberi debent, quaecunque pupillus bona fide gesserit“], und da hierbei die bona oder mala fides dessen, mit welchem das fragliche Geschäft abgeschlossen wird, ganz außer Betracht bleibt, so rechtfertigen sich die in den beiden abgedruckten Gesetzen gegebenen Entscheidungen ganz von selbst. Auf die actio Pauliana können dieselben aber unmöglich angewendet werden, eben weil es hierbei wesentlich auch auf die mala fides des Verklagten ankommt, und könnte hier noch irgend ein Zweifel obwalten, so wird derselbe durch die Fortsetzung der l. 24. cit. jeden Falls beseitigt. Nachdem nämlich zuerst Scävola den Fall behandelt, wenn ein suus heres vor der Abstention einzelne Erbschaftsgläubiger befriedigt, und hierbei unterscheidet, ob die Zahlung per gratificationem geschehen sei, oder nicht, wendet er sich ausdrücklich in den folgenden Worten: Quid ergo etc. zu dem zweiten Falle, wenn ein Kridar vor Ausbruch des Konkurses einzelnen Gläubigern Zahlung leistet, und hier wird nicht etwa auch, wie in dem ersten Falle, unterschieden, ob per gratificationem gezahlt worden sei oder nicht, sondern es wird allgemein die Paulianische Klage verworfen! Wie man unter diesen Umständen daran denken konnte, jenes Gratifikations-Prinzip auch auf die actio Pauliana zu übertragen, ist mir in der That räthselhaft. Vgl. auch Francke a. a. O. S. 251 fgg., Huschke a. a. O. S. 32 fgg.

II. Wenn der Fraudator eine noch nicht fällige Schuld abgetragen hat, so nehmen noch Francke a. a. O. S. 266 fgg., Laspeyres a. a. O. S. 75 fgg., Petzold in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspflege u. Verw. Bd. XIX. S. 481 fgg., Huschke a. a. O. S. 33. u. A. m. an, daß die Paulianische Klage unbedenklich Statt finde, und zwar nicht gerade blos bis zum Belaufe des Interusuriums, sondern vielmehr so, daß damit Alles erlangt werden könne, was den übrigen Gläubigern durch die Früherzahlung geschadet worden sei; falle der Zahlungstermin noch vor den Ausbruch des Konkurses, oder würde der befriedigte Kreditor auch im Konkurs volle Befriedigung erhalten haben, so bestehe freilich das mit der actio Pauliana einzuklagende Interesse nur in dem Interusurium, aber anders verhalte es sich, wenn der Termin erst in die Zeit nach ausgebrochenem Konkurs falle, und der Kreditor in demselben gar keine oder doch nicht volle Befriedigung gefunden hätte, und hier müsse also mittelst der a. Pauliana die ganze Zahlung reszindirt werden können. Ich kann mich von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen. In der sonst sehr schätzbaren Abhandlung Francke's ist nämlich ein irriger Grundgedanke ausgesprochen, der gerade bei unsrer speziellen Frage von entscheidendem Einflusse gewesen ist. Francke meint nämlich, Zahlungen fielen vorzugsweise darum nicht in die Sphäre der actio Pauliana, weil der Kreditor ein Zwangsrecht deßhalb habe, weil er also eine wirksame Klage deßhalb anstellen könne; dieses sei aber bei einer noch nicht fälligen Forderung nicht der Fall, und deßhalb müßten solche Zahlungen allerdings mit der a. Pauliana revozirt werden können. Zum Beweise jener angeblichen rati beruft sich aber Francke insbesondere auf l. 6. §. 6. h. t.: „eum

enim, *quem Praeses invitum solvere cogat*, impune non solvere, iniquum esse". Ich habe aber ſchon oben bemerkt, daß gerade dieſe Stelle nach einer richtigeren Auslegung unſre Frage gar nicht berührt, und auch das da angegebene Motiv greift alſo hier nur ſehr mittelbar ein; ſondern der einzige entſcheidende Grund, weßhalb Zahlungen mit der a. Pauliana nicht angegriffen werden können, iſt nach der obigen Ausführung nur, weil bei dem befriedigten Gläubiger von einer eigentlichen mala fides gar keine Rede ſein kann. Dieſer Grund paßt aber m. E. vollſtändig auch auf den Fall, wenn die Forderung noch nicht fällig iſt; denn wenn hier der Gläubiger auch zur Zeit noch keine wirkſame Klage anzuſtellen befugt iſt, ſo iſt er doch allerdings ſchon wahrer Gläubiger, und auch von ihm muß alſo gelten: „nihil dolo creditor facit, qui suum recipit". Das verſteht ſich aber von ſelbſt, daß die materiellen Vortheile, welche er durch die Früherzahlung erlangt hat, von ihm reſtituirt werden müſſen, und ſo iſt denn allerdings die actio Pauliana in Betreff des Interuſuriums vollkommen begründet. Gerade dieſes ſagen denn auch die Geſetze, l. 10. §. 12. h. t.:

> *Ulp.* „Si, quum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, *in eo, quod sensi commodum in repraesentatione*, in factum locum fore; nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri",

l. 17. §. 2. h. t.:

> *Julian.* „Si vir uxori, quum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, *quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi;* nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit",

und es iſt gewiß willkürlich, hieraus mit Francke und Laspeyres ableiten zu wollen, daß unter Umſtänden die ganze Zahlung reſzindirt werden könne; vgl. jetzt auch Holzſchuher, Theorie und Kaſuiſtik III. §. 330 zu ba, Puchta, Vorleſ. zu §. 380, Sintenis, pr. Zivilr. II. §. 124. Anm. 26, Arndts Lehrb. §. 228. Anm. 3, Windmüller a. a. O. S. 44, Windſcheid §. 463. Anm. 35.

III. Wenn der befriedigte Gläubiger nur eine natürliche Forderung hatte, ſo läßt Francke a. a. O. S. 269, vgl. auch Huſchke S. 32, unbedenklich die actio Pauliana zu, weil ja auch hier dem Kreditor kein wirkliches Zwangsrecht zur Seite ſtehe, und eine ſolche Zahlung zu den freiwilligen Rechtsakten des Schuldners gehöre. Iſt aber das vorher bei II. Bemerkte begründet, ſo muß auch dieſe Anſicht von Francke verworfen werden, und meiner Ueberzeugung nach iſt alſo auch in einem ſolchen Falle die a. Pauliana durchaus unanwendbar; ja, man möchte faſt ſagen, noch viel gewiſſer, wie bei einer civilis obligatio, denn da eine ganz beſondre vigilantia des Gläubigers nach dem Weſen der naturalis obligatio ſich als durchaus nothwendig herausſtellt, ſo kann in der Anwendung derſelben noch um ſo weniger eine mala fides oder ein dolus gefunden werden.

IV. Wenn keine Zahlung, ſondern eine Pfandbeſtellung in fraudem creditorum vorgekommen iſt, wenn alſo vor Ausbruch des Konkurſes einem

chirographarischen Gläubiger dolo malo ein Pfandrecht eingeräumt ist, so ist allerdings — natürlich unter Voraussetzung der mala fides des Gläubigers — die actio Pauliana vollkommen statthaft, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil hier, ganz anders wie bei Zahlungen, ein neues Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, wobei unbedenklich von einer mala fides des Gläubigers die Rede sein kann. Dies ist denn auch in den Gesetzen bestimmt anerkannt, vgl. l. 10. §. 13. h. t.:

Ulp. „Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum“,

s. auch l. 6. §. 6, l. 22. h. t.; Dernburg, Pfandr. I. S. 197 fgg.

V. Was im Falle einer Pfandbestellung nach entschiedenen gesetzlichen Aussprüchen nicht bezweifelt werden kann, das muß ungeachtet des Widerspruchs von Buchta, Vorles. zu §. 380. und Brinz, Lehrb. I. S. 531. gewiß aus denselben Gründen auch bei einer *datio in solutum* angenommen werden, vgl. auch Francke S. 262 fgg., Laspeyres S. 71 fgg., Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 149 fgg. Auch hier wird ein neues Rechtsgeschäft — gewißer Maßen eine emtio venditio, l. ult. quib. ex caus. in poss. eat. (42, 1) — zwischen dem Fraudator und dem Gläubiger abgeschlossen, wobei der Letztere unbedenklich particeps fraudis sein kann. Auf eine solche datio in solutum bezieht sich zwar nicht die l. 1. C. h. t., wie Laspeyres S. 73 fgg. irrig annimmt, aber allerdings wohl die l. 25. §. 3. h. t.:

Venulej. „Si procurator ignorante domino, quum sciret, debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit servo *ab eo accipere*, hac actione ipse tenebitur, non dominus“.

e) Verführung eines Kindes. §. 698.

Dig. XI. 3. de servo corrupto, Cod. VI. 2. de furtis et servo corrupto. — Glück XI. S. 316 fgg., Unterholzner II. S. 704 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait Praetor: *Qui servum servam alienum alienam recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* — 2) *Idem.* l. 13. pr. h. t.: Haec actio perpetua est, non temporaria, et heredi ceterisque successoribus competit; in heredem non dabitur, quia poenalis est.

3) *Paul.* l. 14. §. 1. h. t.: De filio filiave familias corruptis huic Edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra

manente: *sed utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

6) Verletzte Berufspflicht.

A) Vergehen der Richter. §. 699.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicetur, Cod. VII. 49. de poena judicis, qui male judicavit. — Unterholzner II. S. 739 fgg., Koch III. S. 1002, Sintenis II. §. 125. Not. 38 fgg. — Weber in der Gießer Zeitschr. VII. 1, Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel Bd. III. Abh. 2. S. 289 fgg., Schwarze in der Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. XI. S. 113 fgg., XII. S. 289 fgg., XVIII. S. 193 fgg., Schlayer in Gieß. Zeitschr. N. F. XIII. S. 128 fgg.

1) *Ulp.* l. 15. §. 1. de judiciis (5, 1): Judex tunc litem suam facere intelligitur, quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

2) *Gai.* l. 6. h. t.: Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit. (Dieselbe Stelle kommt auch noch vor in l. 5. §. 4. de O. et A. (44, 7) und im pr. J. de obl. quae quasi ex del. (4, 5); vgl. auch *Gai.* IV. 52).

3) K. G. O. v. 1555. I. 53. §. 10: Wo aber eine Parthey vermeynt, oder sich aus der Revisionen befünde, daß aus Betrug oder Argliſt, von Geschenk, Miet, Gaab, Bitt, Freundschaft, Feindschaft, oder andere dergleichen Ursachen wegen, eine nichtige und ungerechte Urtheil gefällt und gegeben wäre, dieselbe Parthey soll in diesem Fall jederzeit sich nicht allein der Revision, wie obgemelt, zu gebrauchen, sondern auch Fug und Macht haben, die Urtheiler, so angezeigter Gestalt gehandelt, ad syndicatum zu stellen, und wie es sich des Orts vermög der Rechte gebührt, gegen ihnen zu handeln. Vgl. auch ebendas. §. 5. 6. Konz. d. K. G. O. III. 63. §. 13. 14. 18, J. R. A. §. 157.

B) Vergehen der Agrimenſoren. §. 700.

Dig. XI. 6. si mensor falsum modum dixerit. — Glück XI. S. 375 fgg., Unterholzner II. S. 748 fgg., Rudorff in der geſch. Zeitſchr. X. S. 422 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit. — — Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari; si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Haec actio dolum malum duntaxat exigit, visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit, sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba Edicti; utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

3) *Ulp.* l. 3. §. 5. h. t.: Hanc actionem heredi similibusque personis dandam Pomponius scribit, sed in heredem similesque personas denegandam ait.

4) *Paul.* l. 4. h. t.: Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.

7) Injuria. §. 701.

Inst. IV. 4, Dig. XLVII. 10, Cod. IX. 35. de injuriis. — Unterholzner II. S. 759 fgg., Koch III. S. 938 fgg. — Weber, über Injurien und Schmähſchriften. 4. Aufl. Leipzig 1820, Walter, über Ehre und Injurie nach römiſchem Rechte, im neuen Arch. d. Krim. R. Bd. IV. S. 108 fgg., S. 241 fgg., *Zimmermann*, de injuriis ex jure Rom. Berol. 1835, Hefftter, die Begriffsverſchiedenheit der röm. und deutſchen Injurie; im Arch. d. K. R. N. F. 1839. S. 237 fgg., Mittermaier in Weiſke's Rechtslex. Bd. V. S. 863 fgg., Huſchke, Gaius S. 118 fgg. (Die Lehre von den Injurien wird h. z. T. ausführlich und in

vollem Umfange in den Vorlesungen über Strafrecht abgehandelt, weßhalb dieselbe in einer Pand. Vorlesung nur berührt, nicht ausgeführt werden kann.)

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter; *specialiter enim injuria dicitur contumelia.* — 2) *Ulp.* l. 5. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2): Et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et injuriarum; sed duae erunt aestimationes, *alia damni, alia contumeliae.* — 3) *Ulp.* l. 15. §. 46. h. t.: Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, *quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*

4) *Gai.* lib. III. §. 223. 224: Poena autem injuriarum ex lege XII. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat, at si servo CL; propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta, et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae. (§. 224.) Sed nunc alio jure utimur; permittitur enim nobis a Praetore ipsis injuriam aestimare, et judex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. (Cf. §. 7. J. h. t.). — 5) *Ulp.* l. 15. §. 25. 26. h. t.: Ait Praetor: *Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* (§. 26.) Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe quum ex generali injuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni, et ita se habet, Praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui; ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta. — 6) *Ulp.* l. 15. §. 2. h. t.: Ait Praetor: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisset, cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum judicium dabo.*

7) *Ulp.* l. 5. pr. h. t.: — — Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem, quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit. Apparet igitur, omnem injuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri. — 8) *Marcian.* l. 37.

§. 1. h. t.: Etiam ex lege Cornelia injuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatione judicis facienda.

9) *Paul.* l. 2. §. 4. de collat. (37, 6): Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet, *magis enim vindictae, quam pecuniae habet persecutionem.* — 10) *Ulp.* l. 13. pr. h. t.: Injuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur.

11) §. 10. J. h. t.: In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter; et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena imponitur; sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur.

8) Widerrechtliche Gefangenhaltung eines Menschen. §. 702.

Dig. XLIII. 29. de libero homine exhibendo; Cod. VIII. 8. [de lib. exhib. s. deduc. et] de libero homine exhibendo. — Unterholzner II. S. 214 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. 3. pr. h. t.: Ait Praetor: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam; [l. 3.] quod et lex Favia prospexit; neque hoc interdictum aufert legis Faviae exsecutionem; nam et hoc interdicto agi poterit, et nihilominus accusatio legis Faviae institui, et versa vice qui egit Favia, poterit nihilominus etiam hoc interdictum habere, praesertim quum alius interdictum, alius Faviae actionem habere possit.

2) *Ulp.* l. 3. §. 9. h. t.: Hoc interdictum omnibus competit; nemo enim prohibendus est, libertati favere.

9) Gemeingefährliche Handlungen.

A) Album corruptum. §. 703.

Unterholzner II. S. 794.

Ulp. l. 7. pr. de jurisdict. (2, 1): Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est.

B) Effusum et dejectum. §. 704.

Dig. IX. 3. de his, qui effuderint vel dejecerint. — Glück X. S. 392 fgg., Unterholzner II. S. 789 fgg., Koch III. S. 1005. — Wyß, Haftung für fremde culpa S. 66 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Praetor ait de his, qui dejecerint vel effuderint: *Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo, si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo.*

2) §. 1. J. de oblig. quae quasi ex del. nasc. (4, 5): Item is, ex cujus coenaculo vel proprio ipsius vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, *quasi ex maleficio* obligatus intelligitur; ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. — Vgl. l. 1. §. 4. h. t. — — *nec adjicitur culpae mentio* — —.

3) *Ulp.* l. 5. §. 5. h. t.: Haec autem actio, quae competit de effusis et dejectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit, neque in heredem, sed nec heredi similibusque personis, nam est poenalis et popularis, dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. Sed si libero nocitum est, ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri annua erit haec actio, nec enim heredibus jure hereditario competit; quippe quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

C) Positum et suspensum. §. 705.

Dig. IX. 3. de his qui effud. vel dejec. — Glück X. S. 399 fgg., Unterholzner II. S. 789 fgg.

1) *Ulp.* l. 5. §. 6. h. t.: Praetor ait: *Ne quis in*

suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo.

2) *Ulp.* l. 5. §. 12. h. t.: Si id, quod positum erat, deciderit et nocuerit, in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam et quum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit, ad exemplum hujus actionis dari oportere actionem; hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit, et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit. — Vgl. Glück a. a. O. S. 403 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 436 sqq., Schmidt v. Ilmenau, ziv. Abhh. I. S. 33 fgg. Not. 30.

3) *Ulp.* l. 5. §. 13. h. t.: Ista autem actio popularis est, et heredi similibusque competit; in heredes autem non competit, quia poenalis est. — Glück a. a. O. S. 401, *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 438.

D) Halten gefährlicher Thiere. §. 706.

Glück X. S. 272, Unterholzner II. S. 789 fgg., Koch III. S. 982 fgg.

Ulp. et *Paul.* l. 40. 41. 42. de Aedil. Edicto (21, 1): Deinde ajunt Aediles: *Ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret, animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit, et homo liber ex ea re perierit; solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum judici videbitur, condemnetur; ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.* Vgl. §. 1. J. si quadrupes pauper. fec. dic. (4, 9).

Sechstes Kapitel.

Von einzelnen Obligationen, welche unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung hervorgehen.

Es gibt eine große Menge von Schuldverhältnissen, welche weder aus Verträgen, noch aus Delikten, noch aus vertrags- oder deliktsähnlichen Gründen entstehen, und die daher ihrem Entstehungsgrunde nach nicht wohl anders charakterisirt werden können, als daß sie auf eine unmittelbare gesetzliche Bestimmung zurückgeführt werden. Von den weit meisten dieser Schuldverhältnisse mußte aber des bessern Zusammenhangs wegen schon früher die Rede sein, und ich erinnere hier nur z. B. an die mancherlei Fälle, in denen eine gesetzliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung Statt findet (§. 76), an die mehrfachen gesetzlichen Kautionen (§. 191, z. B. cautio usufructuaria, cautio legatorum servandorum causa u. s. w.), an die gesetzliche Verbindlichkeit zur Dotation (§. 216), zur Alimentation (§. 260) und viele andre mehr. Hier bleiben uns daher nur noch einige wenige zu betrachten übrig, die in den ff. §§en dargestellt werden sollen.

I. Von der Verbindlichkeit ad exhibendum.

1) Im Allgemeinen (actio ad exhibendum). §. 707.

Dig. X. 4, Cod. III. 42. ad exhibendum. — Glück XI. S. 167 fgg., Unterholzner II. S. 141 fgg., Koch III. S. 118 fgg., Sintenis II. §. 127. — *Einert*, tract. de act. ad exhibendum. Lips. 1816. (auch in's Deutsche übersetzt in Barth's Dissertt. Bd. III. S. 1 fgg.), Bühler, die actio ad exhibendum. Leipz. 1859.

1) *Paul.* l. 2. h. t.: Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. — 2) *Ulp.* l. 9. §. 5. h. t.: Quantum autem ad hanc actionem adtinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, quum judicium acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exsequi actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit, laesa, quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur. Statt der Florentin. Lesart: in nullo *casu* muß doch wohl mit Hal. gelesen werden in nullo *causa;* vgl. auch Glück a. a. O. S. 169 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 520, *Einert* l. c. p. 16 sqq.).

3) *Paul.* l. 19. h. t.: Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni ejus interesset? Respondit non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire; nam illa ratione etiam studiosum alicujus doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, quum eos legisset, doctior et melior facturus esset. — 4) *Gai.* l. 13. h. t.: Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum adversus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere; nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, cujus pecuniariter interest. (Ich habe hier unbedenklich die gewöhnliche Lesart *pecuniariter* Statt der Florentinischen *peculiariter* aufgenommen, indem sie nicht nur durch den ganzen Zusammenhang fast geboten, sondern auch durch die Basiliken XV. 4. 13. [»χρηματικῶς«] und die Scholien zu dieser Stelle unterstützt wird, vgl. *Ed. Zachariae*, supplem. edit. Basil. Heimb. lib. XV—XIX. Basil. continens. Lips. 1846. p. 60. schol. 60.

und 62. Gewiß mit Recht nehmen daher auch die meisten älteren und neueren Juristen die Lesart pecuniariter an, vgl. die Nachweisungen bei Glück a. a. O. S. 176 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. II. p. 524, und s. auch *Mommsen* ad h. l.; doch will unter den Neueren besonders *Einert* cit. p. 161 sqq. die Florentin. Lesart in Schutz nehmen; s. auch Windscheid, Lehrb. §. 474. Anm. 5. — Was noch den scheinbaren Widerspruch unsrer Stelle mit l. 12. pr. h. t. betrifft, wo Paulus sagt: »De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest«, so wird derselbe in den eben allegirten Scholien völlig genügend so aufgelöst: »Ne credas hoc thema contrarium esse principio fragmenti, quod ante positum est ex Paul. libr. XXVI. ad Edict. Ibi enim dubium erat, is, qui detinebatur, servus esset an liber, et propterea Paulus ad exhibendum actionem dabat. Hic autem aliquis eum, qui absque dubio liber erat, occultabat, et propterea Gaius non ad exhibendum actionem adversus eum dedit, sed solum interdictum«. Vgl. auch über diesen scheinbaren Widerspruch Glück a. a. O. S. 198 fgg., *Einert* l. c. p. 166 sqq.).

5) *Ulp.* l. 3. §. 15. h. t.: Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. (Vgl. hierüber oben Bd. I. §. 199. Anm. S. 350 fg.).

6) *Paul.* l. 12. §. 6. h. t.: Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest; item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.

Anm. Zu schärferer Charakterisirung der actio ad exhibendum kommt es hauptsächlich auf folgende Punkte an.

I. Die actio ad exhibendum ist, wie schon aus dem Namen hervorgeht, niemals auf ein *restituere* gerichtet, sondern immer nur auf ein *exhibere*, also nur auf ein Vorweisen der Sache, auf ein Zulassen zu der Sache, ein „praesentiam corporis facere", vgl. T. 1. 2, und dazu l. 3. §. 8. de tabul. exhib. (43, 5), l. 3. §. 8. de lib. hom. exhib. (43, 29), l. 22, l. 246. de V. S. Der Grund eines solchen Anspruchs auf Exhibition ist aber offensichtlich weder ein Vertrag, noch ein Delikt, noch auch ein vertrags- oder deliktsähnliches Verhältniß, sondern lediglich eine im Zivilrechte anerkannte Aequitas (aequitas exhibitionis, l. 3. §. 14. h. t.). Soll aber eine solche zu einer Klage berechtigende

Aequitas vorhanden ſein, ſo genügt nicht das Vorhandenſein irgend eines beliebigen Intereſſe, welches man an der Vorzeigung der Sache haben könnte, T. 3, ſondern es muß vor allen Dingen ein Vermögens-Intereſſe ſein, T. 4, und zwar muß das Verlangen auf Vorweiſung einer Sache begründet ſein durch ein Recht auf die vorzuweiſende Sache, durch ein Recht, deſſen Effektuirung durch die Exhibition vorbereitet werden ſoll. Kann der Kläger nicht einen ſolchen Rechtsanſpruch auf die Sache nachweiſen, ſo kann in der Regel auch die Exhibition nicht verlangt werden, und wenn dies doch einmal ausnahmsweiſe aus beſondren Gründen geſtattet iſt — z. B. bei der Urkunden-Edition, ſ. den folg. §en —, ſo kann doch wenigſtens nicht die actio ad exhibendum angeſtellt werden, ſondern es müſſen entweder ſpezielle Klagen gebraucht werden, z. B. das interd. de lib. hom. exhibendo oder de tabulis exhibendis, oder es findet eine actio in factum Statt, vgl. beſ. l. 3. §. 14. h. t.:

> *Ulp.* „Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit, hae rationes a te possidentur, desidero eas exhiberi; ait Julianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum, nam quum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est; *sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri,* in factum igitur mihi actionem competere".

M. a. W. um einen Anſpruch auf Exhibition mittelſt der actio ad exhibendum durchſetzen zu können, muß ein Habenwollen der Sache im Hintergrunde ſtehen, und die Nachweiſung eines auf ein Habendürfen gerichteten Rechts iſt eine unerläßliche Bedingung für die Anſtellung dieſer Klage. (Die hiergegen von Bühler a. a. O. S. 24. und Ziebarth, Realerek. S. 90 fgg. erhobenen Bedenken ſind m. E. grundlos). Dabei aber liegt es gar ſehr in der Natur der Sache, daß nicht ein vollſtändiger Beweis dieſes Rechts verlangt werden darf, ſondern nur eine ſummariſche Verhandlung darüber Statt findet, l. 3. §. 9. h. t.:

> *Ulp.* „Iudex igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit",

und daß alle illiquiden Einreden und alle exceptiones altioris indaginis in den prinzipalen Prozeß verwieſen werden, in welchem ex professo über jenes Recht verhandelt wird, jedoch mit Ausnahme der exc. pacti conventi, doli mali, jurisjurandi und rei judicatae, welche „omnimodo" auch ſchon bei der actio ad exhib. zur Verhandlung kommen ſollen, l. 3. §. 13. h. t.; vgl. auch Glück a. a. O. S. 200 fgg., *Einert* l. c. p. 139 sqq.

II. Wir haben geſehen, daß die weſentliche Funktion der actio ad exhibendum die Vorbereitung einer andren Klage iſt, welche dann wohl auch unter dem Namen des *directum judicium* oder der *directa actio* der actio ad exhib. entgegengeſetzt wird, l. 3. §. 13, l. 17. h. t. Gewöhnlich iſt dies eine *vindicatio*, l. 1. h. t.:

> *Ulp.* „Haec actio perquam necessaria est, et vis ejus in usu quotidiano est, et maxime propter vindicationes inducta est",

l. 3. §. 14, l. 6. h. t., oder doch eine andre dingliche Klage, l. 3. §. 3. 4. h. t.,

aber möglicher Weise können doch auch Forderungsklagen durch dieselbe präparirt werden, wie namentlich possessorische Interdikte, l. 3. §. 5. 11. 12. h. t., Noxalklagen, l. 3. §. 7. h. t. und Diebsklagen, l. 12. §. 2. h. t. Fragt man aber, worin die Vorbereitung besteht, welche durch unsre Klage bewirkt werden soll, so sind insbesondere drei Richtungen zu unterscheiden:

1) In den weit meisten Fällen wird die Vorweisung verlangt, um sich über die Identität und die Qualitäten der mit dem directum judicium zu verfolgenden Sache zu vergewissern, also nur zum Zweck der Instruktion, vgl. die angeff. Gesetze, bes. l. 3. §. 7. cit. Hier muß aber die Exhibition *„in publico"* d. h. vor Gericht, geschehen, l. 2. h. t., was ja auch bei andren exhibitorischen Klagen in ähnlicher Weise vorgeschrieben ist, wie namentlich bei dem interd. de libero homine exhibendo, l. 3. §. 8. de lib. hom. exhib. (43, 29) und bei dem interd. de tabulis exhibendis, l. 3. §. 9. de tabul. exhib (43, 5).

2) So lange meine Sache mit der res principalis eines Andren kohärirt, kann ich nach den bekannten Grundsätzen des römischen Rechts über Accession (§. 327.) keine Vindikation gebrauchen; wohl aber darf ich mittelst der actio ad exhibendum verlangen, daß mir meine Sache in ihrer Integrität vorgewiesen, also von jener res principalis getrennt werde, wodurch dann von selbst das bisherige Hinderniß der Vindikation beseitigt ist, l. 23. §. 5. de R. V.:

> *Paul.* „Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, *sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur*";

l. 6, l. 7. §. 1. 2. h. t. Natürlich setzt dies aber voraus, daß die Trennung physisch möglich ist, weßhalb z. B. bei einer ferruminatio, im Gegensatze zu der plumbatura, die actio ad exhibendum wegfällt, l. 23. §. 5. de R. V., und daß dieselbe nicht durch spezielles Gesetz verboten ist, aus welchem Grunde namentlich nicht die Trennung eines tignum aedibus junctum verlangt werden kann, l. 6. h. t.

3) Endlich kann es auch vorkommen, daß Jemanden durch Legat oder allenfalls auch durch Vertrag ein Recht, unter mehreren Sachen eine heraus zu wählen, zusteht, und in solchem Falle kann die actio ad exhibendum gebraucht werden, um die Ausübung des Wahlrechts möglich zu machen, l. 3. §. 6. h. t.:

> *Ulp.* „Item, si optare velim servum vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut [ex] exhibitis possim vindicare",

l. 3. §. 10, l. 12. §. 2. h. t., l. 8. §. 3. de opt. v. elect. leg. (33, 5).

III. Wenn auch nach dem bisher Ausgeführten der wesentliche Zweck der actio ad exhibendum die Vorbereitung einer andren Klage ist, so kann es doch den Umständen nach vorkommen, daß schon durch jene Klage allein der endliche Zweck erreicht wird, und zwar kommt dies namentlich in zwei Fällen vor:

1) Wenn sich meine Sachen auf einem fremden Grundstücke befinden, und der Eigenthümer des Grundstücks bestreitet mein Eigenthumsrecht ganz und gar nicht, aber er will mir weder meine Sachen restituiren, weil er dazu nicht verpflichtet sei, noch auch, gestützt auf sein aus dem Eigenthum hervorgehendes jus prohibendi, erlauben, daß ich mir die Sache abhole, so ist auch hier eine

aequitas exhibitionis begründet, und wenn ich nun mittelst der actio ad exhibendum die Zulassung zu der Sache erzwungen habe, so ist damit offenbar mein Zweck erreicht, eben weil ja mein Recht an der Sache von Niemanden bestritten, und das einzige Hinderniß, welches der Geltendmachung meines Rechts im Wege stand — das jus prohibendi des Grundeigenthümers — durch die erzwungene Exhibition vollständig beseitigt wird, l. 5. §. 2—5, l. 9. §. 1, l. 15. h. t., l. 25. de act. emt. vend. (19, 1), l. 16. de praescr. verb. (19, 5). Damit aber die aequitas exhibitionis nicht zu einer wahren Unbilligkeit für den Grundeigenthümer umschlage, muß der, welcher die Exhibition verlangt, nicht nur de damno futuro et praeterito caviren, l. 5. §. 4. h. t., vgl. auch oben S. 550 fgg., sondern er muß auch auf Verlangen Alles wegnehmen, nicht etwa blos das Brauchbare, l. 5. §. 3. h. t.:

> *Ulp.* „Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, ut tollas, *sic tamen, ut totum tollas;* ceterum alias non posse";

vgl. l. 7. §. 2. de damno inf. (39, 2): „— — non aliter permittendum, quam ut *omnia, id est et quae inutilia essent,* auferret".

2) Der zweite hierher gehörige Fall ist, wenn Gründe vorhanden sind, aus welchen der Verklagte in das Interesse verurtheilt werden muß. Aus der Natur der actio ad exhib. als einer actio arbitraria ergibt sich aber von selbst, daß es zu einer solchen Verurtheilung aus einem doppelten Grunde kommt, nämlich entweder, weil der Verklagte dem arbitrium judicis keine Folge leistet, und contumax in exhibendo ist, l. 3. §. 2, l. 5. §. 2, l. 7. §. 4. 6. h. t., l. 3. C. h. t., oder weil derjenige, welcher facultatem exhibendi hatte, sich arglistig dieser facultas beraubt hat, sei es, daß er die Sache dolo malo vernichtet, oder sie doch arglistig aus seinem Besitze entfernt hat, l. 5. §. 2, l. 8, l. 9. pr. §. 1—4, l. 14, l. 15. h. t., l. 11. fin. de reb. credit. (12, 1), l. 27. de pignorib. (20, 1), l. 1. §. 2. de tign. juncto (47, 3), §. 2. J. quib. alien. lic. (2, 8), l. 5. C. h. t. Da in solchen Fällen die Verurtheilung auf das gesammte Interesse geht, dieses Interesse aber natürlich nach dem Gegenstande des judicium directum bemessen wird, l. 9. §. 7. 8, l. 10, l. 11. pr. h. t., und zwar in Gemäßheit des juramentum in litem des Klägers, l. 3. §. 2, l. 5. §. 2. h. t.: so ist es von selbst klar, daß hier mit der actio ad exhibendum der endliche Zweck des Klägers vollkommen erreicht wird, und von einer darauf noch folgenden Klage keine Rede sein kann.

Wenn übrigens Viele annehmen, daß in diesen beiden eben angeführten Fällen die actio ad exhibendum eigentlich ihren ursprünglichen Charakter abstreife, und im Grunde zu einer andren Klage werde, indem sie hier ja offenbar auf ein restituere gerichtet sei, und auch kein judicium directum dabei vorkomme, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 187 fgg., Wening §. 311, Ziebarth a. a. O. S. 96. u. A. m.: so ergibt sich das Irrige dieser Auffassung aus der vorigen Darstellung von selbst. Vielmehr behält auch in diesen Fällen unsre Klage ganz ihre ursprüngliche Natur, und zufällige Umstände führen nur äußere Verschiedenheiten herbei, welche das eigentliche Wesen der Klage gar nicht berühren. Manche (wie z. B. auch neuerlich wieder Ziebarth a. a. O. S. 93 fgg.) gehen

freilich noch weiter, und nehmen an, mit der actio ad exhibendum könne auch die Restitution einer Sache erzwungen werden, welche durch Delikt in die Hände Jemandes gekommen ist, so daß man also damit denselben Zweck verfolgen könne, wie mit der condictio furtiva oder ähnlichen Klagen, mit denen sie dann elektiv konkurriren müßte; und man beruft sich dafür hauptsächlich auf l. 7. §. 1. de cond. furt. (13, 1):

Ulp. „Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti, et condictionem, et vindicationem; *habet et ad exhibendum actionem*“,

und auf l. 1. §. 6. de vi et vi arm. (43, 16):

Ulp. „Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc [de vi] ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit; *potest et ad exhibendum agi*“;

vgl. auch l. 1. §. 32. eod., l. 22. §. 1. de act. rer. amot. (25, 2). Dieses würde aber augenscheinlich in unvereinbarem Widerspruch mit dem sonstigen Wesen unsrer Klage stehen, und wir sind zu einer solchen Annahme um so weniger genöthigt, da in den angeführten Gesetzen unbedenklich supponirt werden kann, daß der Dieb dolo malo zu besitzen aufgehört hat, und also nur die vorher bei Nr. 2. besprochenen Grundsätze angewendet sind.

2) Insbesondere von der Urkunden-Edition. §. 708.

Dig. II. 13, Cod. II. 1. de edendo. — Glück XXII. S. 108 fgg., Unterholzner II. S. 150 fgg., Koch III. S. 126 fgg. — v. Almendingen, über Urkundenedition und Argentarien; in Grolman's Magaz. I. S. 281 fgg. u. II. S. 222 fgg., M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelb. 1835, Vermehren in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. XIII. S. 193 fgg. — Wetzell, Syst. des Zivilpr. §. 24. a. E. bei Not. 101 fgg., Renaud, Lehrb. des Zivilproz. R. §. 125.

Anm. Nach römischem Prozeßrechte konnte der Verklagte verlangen, daß der Kläger sogleich bei der editio actionis auch alle Urkunden edire, wodurch derselbe seine Klagfakta zu beweisen gedachte, l. 1. §. 3. h. t.:

Ulp. „Edenda sunt omnia, quae quis apud judicem editurus est; non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere“,

l. 7. fin. C. h. t., und eben so durfte wohl auch unbedenklich der Kläger vom Verklagten verlangen, daß derselbe sogleich bei dem Vorschützen der Exzeptionen die zum Beweise derselben zu gebrauchenden Dokumente produzire. Von dieser Editionspflicht, wornach eine Parthei verbunden sein soll, in continenti diejenigen Urkunden zu produziren, die sie selbst zur Durchführung ihrer Beweise später gebrauchen will, ist h. z. T. keine Rede mehr, da nach dem J. R. A. §. 35. es

gänzlich in den freien Willen der Parthei gestellt ist, solche Urkunden der Klage beizufügen oder nicht, und nur in einigen Fällen des summarischen Prozesses ist auch noch jetzt eine rechtliche Nothwendigkeit zu solcher Adjunktion begründet; vgl. auch Glück IV. S. 33 fgg., v. Almendingen a. a. O. S. 293 fgg., Mittermaier a. a. O. S. 4 fgg. S. 60 fgg. Dieser Fall der Editionspflicht soll denn auch in dem Folgenden nicht weiter berührt werden, sondern uns wird hier nur die wesentlich davon verschiedene Frage beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen Jemand zur Edition solcher Urkunden verpflichtet sei, die ein Andrer zu einer ihm obliegenden Beweisführung gebrauchen will? Hierbei sind aber zwei Hauptfälle zu unterscheiden. Es kann nämlich entweder die Editionspflicht gerade darauf gegründet sein, weil der Besitzer der Urkunde unser Gegner in dem Prozesse ist, in welchem wir die Urkunde gebrauchen wollen, oder die Editionspflicht beruht auf andren, als solchen prozessualischen Gründen.

I. Wenden wir uns zunächst zu dem zweiten Hauptfalle, und stellen uns also die Aufgabe, ganz abgesehen von einem unter den Partheien verhandelten Prozesse, die Gründe der Editionspflicht aufzusuchen, so ist:

1) so viel unzweifelhaft, daß wenn Jemand ein spezielles Recht auf eine Urkunde hat, er die aus diesem Rechte hervorgehende Klage anstellen, und sich dadurch die Urkunde verschaffen kann. Ist er also z. B. Eigenthümer, so stellt er die actio Publiciana oder rei vindicatio, und präparatorisch die actio ad exhibendum an, l. 3. §. 5. de tab. exhib. (43, 5):

> *Ulp.* „Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret, interdictum hoc [de tab. exh.] locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet; *quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est*“,

l. 3. §. 14. ad exhib. (10, 4), l. 3. test. quemadm. aperiant. (29, 3), l. 4. 6. C. ad exhib. (3, 42); und als Miteigenthümer kann er sich auch der actio communi dividundo oder familiae herciscundae bedienen, vgl. auch l. 5, l. 8. pr. fam. herc. (10, 2), l. 7. C. h. t. Hat er aber ein kontraktsmäßiges Forderungsrecht auf Herausgabe der Urkunde, so stellt er natürlich die entsprechende Kontraktsklage an, vgl. bes. l. 9. pr. h. t.:

> *Paul.* „Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet, nec tamen a Praetore per hoc Edictum [de argentariis, cf. nr. 2] compelluntur; veluti quum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a Praetore per metum in factum actionis rationes edere; scilicet quia id consequi possumus per *mandati actionem*. Et quum dolo malo socius negotia gessit, Praetor per hanc clausulam non intervenit; est enim *pro socio actio*. Sed nec tutorem cogit Praetor pupillo edere rationes, sed *judicio tutelae* solet cogi edere“,

s. auch l. 8. pr. mandati (17, 1), l 48, l. 52. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 46. §. 5. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 1. §. 3. de tut. et rat. distr. (27, 3).

2) Zwei spezielle Bestimmungen über Editionspflicht finden sich in dem

prätorischen Edikte. Die eine betrifft die Verpflichtung zur Exhibition eines Testaments (interd. de tabulis exhibendis; vgl. Bd. II. §. 440), die andre aber die Verbindlichkeit der *argentarii*, einem jeden Geschäftsfreunde den ihn betreffenden Theil ihrer Rechnungsbücher vorlegen zu müssen, l. 4. pr. h. t.:

Ulp. „Praetor ait: *Argentariae mensae creditores rationem quae ad se pertinet, edant adjecto die et consule*".

Ob derjenige, welcher die Edition verlangt, gerade mit dem Argentarius prozessirt, oder mit einem Dritten, ist ganz gleichgiltig, l. 10. pr. h. t., und nur das ist erforderlich, daß der Implorant das juramentum calumniae abschwört, l. 6. §. 2, l. 9. §. 3. h. t. Wird dem richterlichen Befehle keine Folge geleistet, so wird gegen den Argentarius eine actio in factum auf das volle Interesse angestellt, l. 6. §. 4, l. 9. pr. h. t., und zwar wird dieses Interesse stets nach dem Zeitpunkte des die Edition befehlenden richterlichen Dekrets bemessen, l. 8. §. 1. h. t. Uebrigens soll der Regel nach diese Edition nur einmal gefordert werden dürfen, obwohl doch der Richter aus triftigen Gründen eine Wiederholung der Edition zuzulassen befugt ist, und er auch wohl unter Umständen dem Argentarius das Recht einräumt, seinerseits die Edition der rationes von seinem Geschäftsfreunde zu verlangen, l. 6. §. 8. h. t.:

Ulp. „Praetor ait: *Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi jubebo*",

vgl. l. 6. §. 8. 9, l. 7. h. t.

3) Auch über diese beiden speziellen Bestimmungen des prätorischen Edikts hinaus führte wohl die aequitas exhibitionis zu einer *actio in factum*, und zwar namentlich dann, wenn die Urkunde in unsren Angelegenheiten angefertigt ist, l. 3. §. 14. ad exhib. (10, 4), s. oben S. 638, vgl. auch arg. l. 4. §. 1. h. t. „aequum fuit, id, quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi". Dieser Grundsatz darf denn auch unbedenklich auf s. g. gemeinschaftliche Urkunden angewendet werden, denn auch von ihnen ist es wahr, daß sie in unsren Angelegenheiten errichtet worden sind. Wenn aber Viele, und z. B. selbst Mittermaier a. a. O. S. 13 fgg., welcher im Uebrigen ein eifriger Gegner der Editionspflicht ist, behaupten, eine Urkunden-Edition könne, in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über die actio ad exhibendum, auch dann verlangt werden, wenn nur überhaupt ein rechtliches Interesse des Klägers nachweisbar sei: so beruht dies auf einer Verkennung des Wesens der actio ad exhibendum, zu deren Anstellung ja nach den Ausführungen des vorigen §en nicht jedes beliebige rechtliche Interesse genügt, sondern wozu verlangt wird, daß der Kläger ein spezielles Recht auf die zu exhibirende Sache nachzuweisen im Stande ist. Von einer solchen Annahme hätte auch schon allein die l. 3. §. 14. ad exhib. abhalten sollen, indem hier ja die actio ad exhibendum selbst in dem Falle für unzulässig erklärt wird, wenn die eignen Rechnungen des Klägers auf fremdes Papier geschrieben sind, vgl. auch l. 3. test. quemadm. aperiant. (29, 3):

Gai. „Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum competit, et *ob id* ad exhibendum quoque agere potest".

4) In den Nummern 1—3. sind die Grundsätze des Vorjustinianischen Rechts enthalten. Eine sehr wesentliche Neuerung nahm aber Justinian in einem Gesetze vor, welches jedoch nicht in den uns erhaltenen Theilen der Justinianischen Gesetzsammlung vorkommt, sondern erst von Augustinus und Cujacius aus den Basiliken (XXII. 1. 80) und der Synops. Basil. VII. 18. (ed. Leunclav. p. 97) restituirt, und dann als l. 22. C. de fide instrum. (4, 21) in die neuern Ausgaben des Kodex aufgenommen ist, vgl. Witte, die leg. restit. S. 180 fgg. Justinian verordnet hier: wie es eine allgemeine Bürgerpflicht sei, Zeugniß abzulegen, so solle auch jeder Besitzer einer Urkunde verpflichtet sein, dieselbe einem jeden Interessenten zu ediren, wenn er nicht beschwören könne, daß ihm selbst durch diese Vorlegung ein Schaden erwachsen werde; nur wer in einem besondren Falle gesetzlich von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses befreit sei, könne auch die Befreiung von dieser Editionspflicht in Anspruch nehmen. — Daß an eine unmittelbare Geltung dieses nicht glossirten Gesetzes nicht gedacht werden kann, versteht sich freilich von selbst, aber nicht Wenige behaupten, die Verordnung müsse dennoch angewendet werden, weil im Grunde Justinian hier nichts Neues eingeführt, sondern nur etwas ausdrücklich ausgesprochen habe, was auch ohne sein Gesetz aus der allgemeinen Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses mit Konsequenz hätte gefolgert werden können. Dieses ist aber gewiß irrig, indem die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses augenscheinlich so wesentlich verschieden ist von einer Verpflichtung zur Edition von Urkunden, daß m. E. durch einen Schluß von dem Einen auf das Andere die Grenzen der Interpretation weit überschritten werden würden; vgl. besonders v. Almendingen a. a. O. I. S. 338 fgg., u. II. S. 225 fgg., und s. auch Glück a. a. O. S. 115 fgg., Mittermaier a. a. O. S. 43 fgg. Theoretisch läßt sich demnach die praktische Geltung der l. 22. cit. gewiß nicht rechtfertigen; daß sich aber, wie oft behauptet wird, eine entschiedene allgemeine Praxis für die Anwendung dieses Gesetzes gebildet habe, scheint mir bei den widerstreitenden Angaben bewährter Schriftsteller wenigstens sehr zweifelhaft.

II. Es ist schon oben angedeutet worden, daß ein besondrer Grund für die Editions-Verbindlichkeit noch darin liegen kann, daß der Besitzer der Urkunde unser Gegner in dem Prozeß ist, in welchem wir die Urkunde gebrauchen wollen. Im Allgemeinen gilt freilich der sehr natürliche Grundsatz, daß keine Parthei der andern Waffen gegen sich selbst in die Hände zu liefern braucht, und also auch nicht schuldig ist, Urkunden zu Gunsten der gegnerischen Parthei zu ediren, wenn nicht einer der bei l. 1—3. angeführten Gründe vorhanden ist („nemo contra se edere tenetur"), vgl. l. 1. 4. C. h. t., l. 7. C. de testib. (4, 20), cap. 1. X. de probat. (2, 19); aber dieser Grundsatz leidet doch einige Ausnahmen, welche hier aufzuführen sind:

1) Nach mehreren Reskripten von Alexander soll der Kläger, welcher eine Geldforderung einklagt, verpflichtet sein, auf Verlangen des Verklagten seine Rechnungsbücher namentlich auch zu dem Zwecke vorzulegen, um dem Verklagten den Beweis der Zahlung zu erleichtern, l. 5. C. h. t.:

Alexander. „Non est novum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit",

l. 6. eod.:

Idem. „Justum est desiderium ejus, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit“,

und l. 8. eod.:

Idem. „Et quae a Divo Antonino patre meo [l. 1. 4. C. h. t.], et quae a me [l. 5. 6. citt.] rescripta sunt, cum juris et aequitatis rationibus congruunt. Nec enim diversa sunt vel discrepantia, quod multum intersit, an ex parte ejus, qui aliquid petit, quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit, quod utique ipsa rei aequitas suadet, an vero ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi, quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari“.

Augenſcheinlich reden alle drei Reſkripte — und weitere geſetzliche Beſtimmungen über dieſe Verbindlichkeit des Klägers gibt es nicht — übereinſtimmend nur von der Vorlage von Rechnungsbüchern („rationes, in den Baſiliken VII. 18. fr. 18. 19. 21: „λόγοι“), und in dieſer Beſchränkung läßt ſich auch Manches für die hier getroffene Anordnung ſagen; vgl. auch Linde, Lehrb. des Proz. §. 279, Zimmern, Geſch. des röm. Privatr. III. §. 134, Heffter, Syſtem des Zivilproz. Rechts §. 252, Wening, Lehrb. §. 311, Mittermaier a. a. O. S. 49 fgg. Daraus hat, aber gewiß gegen Wort und Geiſt der Geſetze, eine ſehr verbreitete Praxis den allgemeinen Satz gebildet, der Kläger ſei überhaupt ſchuldig, alle Urkunden die in ſeinen Händen ſeien, dem Verklagten zum Zweck von deſſen Vertheidigung zu ediren; und dieſer Satz iſt dann ſehr häufig wiederum ausgedehnt worden auf den exzipirenden Verklagten, ſo daß auch dieſer zur Edition aller Urkunden verpflichtet ſein ſoll, welche dem Kläger zur Vertheidigung gegen die Exzeptionen dienlich ſein möchten. Selbſt aber, wenn man jene uſuelle Interpretation ſich gefallen laſſen wollte, ſo dürfte doch die weitere Uebertragung auf den exzipirenden Verklagten ſich ſchwerlich rechtfertigen laſſen, indem ich es für ganz unthunlich halte, den bekannten Satz der l. 1. de except. (44, 1): reus in excipiendo actor est, deſſen eigentliche Bedeutung ſich offenbar auf die Beſtimmung der Beweislaſt beſchränkt, ſo auszubeuten, daß ſelbſt ganz ſinguläre gleichſam *in odium actoris* eingeführte Normen, — und als eine ſolche würde ſich unzweifelhaft die angebliche Editionspflicht des Klägers herausſtellen — ohne Weiteres auch auf den exzipirenden Verklagten bezogen werden ſollten; vgl. auch Glück a. a. O. S. 122 fgg. und die dort Angeff.

2) Beſonders privilegirt iſt der Fiſkus. Während nämlich auf der einen Seite Niemand eine Urkunde gegen den Fiſkus ediren ſoll, l. 45. §. 5. de jure fisci (49, 14):

Paul. „Neque instrumenta, neque acta a quoquam adversus fiscum edi oportet“,

ſo ſoll auf der andren Seite der Fiſkus in allen privatrechtlichen Rechts-

ſtreitigkeiten, er mag als Kläger oder als Verklagter auftreten, von ſeinem Gegner die Edition aller Urkunden verlangen dürfen, l. 2. §. 2. de jure fisci (49, 14):

> *Callistrat.* „Item Divi fratres ad libellum Cornelii Rufi rescripserunt, toties edenda esse instrumenta, quoties de jure capiendi, vel de jure dominii, vel de aliqua simili re numaria quaeratur, non si de capitali causa agatur",

vgl. l. 2. §. 1. eod., l. 3. h. t. — Die von manchen älteren Praktikern beliebte Ausdehnung dieſer fiſkaliſchen Vorrechte auf Kirchen, piae causae, pro matrimonio conservando Streitende u. dgl. bedarf keiner beſondren Widerlegung.

3) Endlich ſoll nach kanoniſchem Rechte demjenigen, welcher einer usuraria pravitas beſchuldigt wird, ſtets die Verbindlichkeit obliegen, ſeine Rechnungsbücher vorzulegen, und er ſoll dazu durch Androhung einer censura ecclesiastica angehalten werden, Clem. 1. §. 1. de usur. (5, 5). Wenn man auch in der Theorie die Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung hat bezweifeln wollen, vgl. beſ. Mittermaier a. a. O. S. 38 fgg., ſo ſind doch die dafür angeführten Gründe nicht ſtichhaltig, vgl. auch Schmidt, Handbuch des Proz. II. S. 282. Not., und mit größerem Rechte hat ſich daher von jeher Doktrin und Praxis für die praktiſche Geltung jenes Satzes ausgeſprochen, nur daß natürlich an die Stelle der censura ecclesiastica andere Zwangsmittel getreten ſind, vgl. auch Glück a. a. O. S. 123.

II. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugniſſes. §. 709.

Dig. XXII. 5, Cod. IV. 20. de testibus. — Glück XXII. S. 163 fgg., Koch III. S. 131 fgg., Wetzell, Syſt. §. 23. bei Not. 38 fgg., Renaud, Lehrb. §. 112.

III. Verbindlichkeit zur Beerdigung. §. 710.

Dig. XI. 7. de religiosis et sumtib. funer. — Glück XI. S. 412 fgg., Unterholzner II. S. 657 fgg., Koch III. S. 71 fgg.

1) *Ulp.* l. 12. §. 4. h. t.: Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit — —. Sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit, si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos, quosque suo ordine, quo succedunt. Vgl. l. 14. §. 1. eod.: — — satius est enim, *de suo* testatorem funerari — —; l. 14. §. 13: *de suo* enim expedit mortuos funerari.

2) *Ulp.* l. 16. h. t.: Aequissimum visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita *de dotibus* funerari, et

eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris sit, sive maritus. — 3) *Ulp.* et *Paul.* l. 22. 23. h. t.: Celsus scribit, quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et ceteris mulieris bonis pro portione funeranda est, [l. 23.] veluti si in dotem centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferet.

4) *Paul.* l. 21. h. t.: In *patrem*, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

5) *Pompon.* l. 28. h. t.: Quodsi [mulieres] neque heredes habeant, neque pater solvendo sit, *maritum*, in quantum facere potest, pro hoc conveniri, ne injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui.

Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die eingeklammerten arabischen den §, die nicht eingeklammerten arabischen die Seite.

A.

Abgeleiteter Besitz I (200) 353 ff.
Abhängigkeit, privatrechtliche I (42) 82.
Ablegung eines Zeugnisses, Verbindlichkeit dazu III (709) 646.
Ableugnen, dolose, s. actt. arbitrariae.
— bei der lex Aquilia III. (681) 579.
Abortus I (32) 64 ff.
Abstinendi beneficium II (497) 330 ff.
Abwesende, Ersitzungsfähigkeit ihrer Sachen I (317) 584.
— Perfektion der Verträge unter dens. III (603) 248 ff.
Abwesenheit als Restitutionsgrund I (188) 325 ff.
— bezüglich der Usukapionsfrist I (322) 605 fgg.
Acceptation beim Verzicht I (127) 184.
Acceptilatio III (573) 87. 98. (686) 514 ff.
Accessio, s. Hauptsache.
Accession, als Eigenthumserwerb I (327ff.) 629 ff.
Accessio possessionis s. temporis I (322) 606 ff.
Accessionen, Erwerb derselben durch den Eigenthümer, Emphyteuta und b. f. possessor I (326) 616 ff.
Accessorische Verbindlichkeit des Bürgen III (578) 132 ff.
Accidentalia negotii I (90) 130.
Accusatio suspecti u. quasi suspecti tutoris I (289) 525. 526.
Acquisitiones juris civilis I (306) 561 ff. (295) 240.
— — gentium I (306) 561 ff. (295) 540.
Actio, Begriff ders. I (135) 192, s. a. Klage, judicium u. persecutiones.
— ad exhibendum III (707) 636 ff.
— ad supplendam legitimam II (483) 282. 283.
— adversus publicanos III (688) 594. 595.
— aestimatoria, s. a. a. quanti minoris.
— Anstellung ders. I (144) 212.
— aquae pluviae arcendae I (298) 548.
— arborum furtim caesarum III (682) 593.
— Aufhebung ders. I (145 ff.) 213 ff.
— Calvisiana, s. act. quasi Calvis.
— civilis incerti III (599) 238 ff.
— — in factum III (599) 238 ff.
— commodati directa u. contraria III (629) 412 ff.

Actio commodati, Verjährung derſ. I (147) 228.
— communi dividundo III (658) 486 ff.
— conducti III (641) 447 ff.
— confessoria I (342) 730 (353) 766 ff.
— — Beweislaſt bei derſ. I (353) 775.
— constitutoria III (672) 519. 520.
— damni infecti III (678) 549 ff.
— de aestimato III (639) 445.
— de albo corrupto III (703) 632.
— de bene depensis III (623) 387.
— de constituta pecunia III (672) 519. 520.
— de dolo I (185) 318 ff. III (693) 616.
— de dote I (220) 402 ff.
— de effusis et dejectis III (704) 633.
— — — — — Unvererblichkeit derſ. I (145) 215.
— de eo quod certo loco I (139) 200.
— de in rem verso I (243) 451. 452.
— de mortuo inferendo I (145) 214. III (675) 527.
— de ornamentis restituendis III (609) 308 ff.
— de pastu III (689) 596 ff.
— de pauperie III (689) 596 ff.
— — — utilis III (571) 36 ff.
— de peculio I (241) 448 ff. (244) 452. III (679) 574.
— de pecunia constituta III (672) 519. 520.
— depositi directa u. contraria III (630) 414 ff.
— — Verjährung derſ. I (147) 227.
— de positis et suspensis III (705) 633. 634.
— de recepto III (648) 463 ff.
— de sepulchro aedificando III (675) 527.
— de servo corrupto III (698) 628.
— de statu ſ. actt. praejudiciales.
— de tigno juncto I (300) 553.
— doli I (185) 318 ff. III (693) 616.
— emti III (619) 304 ff. (633) 429.
Actio emti, Verjährung derſ. I (147) 225.
— exercitoria III (661) 495 ff.
— ex stipulatu I (139) 201.
— — — tacita I (220) 402 ff.
— ex testamento I (139) 201. II. (531) 457 ff.
— familiae herciscundae II (514) 374 ff.
— fiduciae I (139) 201.
— finium regundorum qualificata u. simplex III (658) 487 ff. 490.
— funeraria III (667) 511. (594) 222.
— furti III (679) 568 ff.
— — adversus nautas III (648) 463.
— gegen die affirmatores, postulatores und Bürgen der Vormünder I (286) 524.
— hypothecaria I (370) 822 ff. (389) 886 ff.
— — Verjährung derſ. I (151) 232. 236.
— in factum auf „Exhibition III (707) 638. (708) 643.
— — — de calumniatoribus I (145) 214. III (694) 617 ff.
— — — si mensor III (700) 630.
— — — wegen missio in possessionem III (678) 562.
— — — wegen nicht geleiſteter cautio damni infecti III (678) 558.
— in rem de superficie, ſ. superficies.
— — — emphyteuticaria, ſ. emphyteusis.
— — — pigneratitia, ſ. actio hypothecaria.
— injuriarum I (145) 214. III (701) 630 ff.
— institoria III (661) 495 ff.
— interrogatoria I (158) 245.
— judicati I (173) 276 ff.
— legatorum II (531) 457 ff.
— legis Aquiliae III (681) 576 ff.
— legis Corneliae III (701) 631.
— locati III (642) 451.
— mandati III (660) 495.

Actio nata I (147) 220 ff.
— negatoria s. negativa I (342) 730 (353) 766 ff.
— — Beweislaſt bei derſ. I (353) 770 ff.
— negotiorum gestorum III (664) 502 ff.
Actiones I (135 ff.) 192 ff., ſ. auch Klagen, interdicta, judicia und persecutiones.
— adjectitiae qualitatis I (173) 288 (240 ff.) 446 ff. III (661) 495 ff.
— arbitrariae I (140) 209. 210, ſ. a. juramentum in litem.
— bonae fidei I (139) 196 ff.
— civiles ex delictis I (139) 203.
— concurrentes I (153) 240 ff. III (672) 51 ff.
— directae und contrariae I (139) 200.
— directae u. utiles I (138) 194. 195.
— ex contractu, Uebergang auf und gegen die Erben I (145) 216.
— ex delictis, Uebergang auf und gegen die Erben I (145) 213 ff.
— famosae I (47) 86 ff.
— Hauptarten derſ. I (136 ff.) 192 ff.
— honorariae I (139) 201. 204.
— in bonum et aequum conceptae I (139) 205.
— in factum I (138) 194.
— in factum civiles I (138) 195.
— in factum conceptae I (138) 195.
— in jus conceptae I (138) 195.
— in personam I (113) 167 ff. (136) 192 ff.
— — — Wirkung der Verjährung bei denſ. I (151) 232 ff.
— in rem, ſ. actiones in personam.
— — — Verjährung derſ. I (147) 225 (151) 232 ff.
— in rem scriptae I (136) 192 ff. III (593) 218 ff., ſ. a. Vindikanten im Concurs.
— litigiosae, Ceſſion derſ. III (574) 112.
Actiones mixtae I (136) 192 ff. (142) 212. (145) 216.
— noxales III (689) 595 ff.
— perpetuae I (148) 229. (151) 235. (152) 238.
— poenales I (142) 212. (145) 213 ff.
— populares I (145) 213. 215 III (574) 107.
— praejudiciales I (113) 167 ff. (137) 193. 194.
— praeparatoriae III (707) 638.
— praescriptis verbis I (138) 195. (139) 201. III (599) 236. 238 ff.
— quae mixtam causam habent I (136) 192. 193.
— rei persequendae causa s. rei persecutoriae I (142) 212 (145) 218. 219.
— rei persecutoriae ex delicto I (145) 215 ff.
— simplices, ſ. judicia duplicia.
— stricti juris I (139) 196 ff.
— subsidiariae I (153) 240. 241.
— temporales I (148) 229. (151) 235. (152) 238. 239.
— transeunt ad heredes et in heredes I (145) 212 ff.
— utiles I (138) 194. III (574) 102 ff.
— vindictam spirantes I (145) 213 ff III (574) 107.
— vulgares I (138) 194 ff.
Actioni nondum natae non praescribitur I (147) 221 ff.
Actionis exstinctio I (151) 234 ff.
— submotio I (151) 234 ff.
— noxalis III (689) 595 ff.
Actio oneris aversi III (646) 461.
— Pauliana III (697) 619 ff.
— pigneratitia in pers. III (631) 423.
— — — — Verjährung der directa I (147) 227. 228.
— — in rem, ſ. actio hypothecaria.
— praescriptis verbis, ſ. act. civil. in factum.

Actio praescriptis verbis aestimatoria, ſ. actio de aestimato.
— — — de precario III (691) 605 ff.
— prohibitoria I (353) 769.
— pro socio III (652) 476 ff.
— protutelae I (290) 526.
— Publiciana in rem I (335) 662 ff. (295) 540 ff.
— Publiciana confessoria I (354) 776.
— — negatoria I (354) 776.
— — des Pfandgläubigers I (372) 837.
— quadrupedaria III (689) 595 ff.
— quanti minoris s. aestimatoria III (609) 303 ff.
— quasi Calvisiana und Faviana I (252) 471.
— quasi institoria III (608) 301. (661) 499 ff.
— quasi Serviana I (389) 888.
— quod jussu I (240) 446 ff.
— quod metus causa III (692) 614 ff.
— rationibus distrahendis I (285) 523.
— redhibitoria III (609) 301 ff.
— rei uxoriae I (219 ff.) 402 ff.
— rerum amotarum I (226) 423.
— sepulchri violati III (685) 594.
— sequestraria III (630) 414 ff.
— servi corrupti III (698) 628.
— Serviana I (389) 888.
— — utilis I (389) 888.
— si certum petatur I (139) 207.
— spolii III (690) 600 ff.
— tutelae subsidiaria adversus magistratus I (287) 524.
— suppletoria II (482) 279 ff. (486) 298 ff.
— syndicatus III (699) 629.
— tributoria I (242) 450.
— tutelae contraria u. directa I (284) 523.
— utilis I (138) 194 ff.
— — im Falle eines pignus nominis I (368) 813. ff. 391) 898.
— venditi III (634) 429.
— viae receptae III (687) 594.
Actio vi bonorum raptorum III (680) 575.
Actores, ſ. Vorſteher.
Actus I (341) 717 ff.
— legitimi I (89) 130.
Addictio in diem III (637) 444.
Ademtio, bedingte II (434) 105 ff.
— hereditatis II (460) 209 ff.
— legati II (541) 514 ff.
Adjecta s. expressa causa bei Klagen I (160) 250 ff. (173) 284 ff.
Adjectio solutionis causa III (582) 165 ff.
— — Erlöſchung und Wirkung derſ. III (582) 167 ff.
Aditio hereditatis II (498 ff.) 332 ff.
Adjudicatio III (658) 490.
— von Servituten I (352) 766.
Adjunctio I (330) 637 ff.
Administratio des Vormunds I (274) 510 ff.
Adoptio I (248 ff.) 459 ff.
— an Bruders Statt I (248) 459.
— minus plena I (250) 463 ff.
— naturam imitatur I (249) 460 ff.
— per testamentum I (249) 462.
— plena I (34) 73 (250) 463.
— Requiſite derſ. I (249) 459 ff.
— von Seiten einer Frau I (253) 471.
— Wirkungen derſ. I (250) 463 ff.
Adoptiv-Verwandtſchaft als Succeſſionsgrund II (412) 40 ff.
Adulterini I (255) 472 ff. II (413) 45 ff.
Adventitien, ſ. peculium advent.
Advokaten I (47) 90.
Aedilitum edictum I (83) 119. III (609) 301 ff.
Aeltern und Kinder, Verhältniß derſ. I (259 ff.) 481 ff.
Aemter I (53) 93 ff.
Aequae partes der socii III (655) 482 ff.
Aequitas I (30) 63.

Aequitas compensat. III (618) 347 ff.
— exhibitionis III (707) 636 ff.
Aestimatio rei III (571) 38 ff.
Aestimatum III (639) 445.
Aetas legitima I (37) 81.
Affektions-Intereſſe III (571) 46 ff. (681) 585 I (171) 268.
Affinitas I (45) 84.
Affirmanti, non neganti incumbit probatio I (353) 771 ff.
Affirmatores tutorum I (286) 524.
Afterpfand I (368) 814 ff. (384) 872.
Ager desertus I (313) 576 ff.
— vectigalis I (358 ff.) 789 ff.
Agnationsnexus I (34) 72.
Agnationsrechte I (34) 78 ff.
Agnition der bonorum possessio II (400) 21 ff. (500) 340 ff.
Agri arcifinii I (328) 632.
Agrimensores III (700) 630.
Akkreſcenzrecht ſ. jus accrescendi.
Akquiſition der Erbſchaft II (395) 7. (497 ff.) 330 ff.
Alaricianum breviarium, ſ. breviarium.
Album corruptum III (703) 632.
Alea III (673) 520 ff.
Alienatio I (120 ff.) 174 ff. ſ. a. lex Julia de fundo dotal.
Alienatio in fraudem creditorum III (697) 619 ff.
— judicii mutandi causa III (696) 619.
— Seitens des Fiskus und Regenten I (311) 575.
Alimenta legata II (552) 531 ff.
Alimentationsverbindlichkeit zwiſchen Eltern und Kindern I (260) 481 ff.
— zwiſchen Seitenverwandten I (260) 484.
— rückſichtlich der unehelichen Kinder I (260) 481 ff.
Alimente, Bedeutung derſ. I (260) 485.
— Rückforderung geleiſteter I (260) 485.
Alluvio I (328) 629 ff.
Alter I (37) 81.
— des Pfandrechts I (387) 882 ff.
Altersſtufen I (37) 81.
Alterum tantum, Zinſen über das A. t. I (79) 114.
Alveus relictus I (328) 629 ff.
Ambitus (crimen) I (47) 90.
Amt des Vormunds I (274 ff.) 510 ff.
— des Obervormunds I (262) 486.
Analogie I (25) 55.
Anatocismus I (78) 114.
Anerkennung, als Verpflichtungsgrund III (669a) 515 ff.
Anfechtbarkeit I (99) 157.
Animus domini I (199) 348 ff.
— donandi I (121) 175 ff.
— novandi III (619) 368.
— possidendi I (204) 364 ff.
Annus luctus I (47) 89. (227) 428 ff. II (404) 26. (429) 81.
— utilis I (180) 308 ff.
Annuum legatum II (551) 530.
Antichresis I (384) 870. (76) 111.
— tacita I (384) 871. (76) 111.
Anwachſungsrecht, ſ. jus accrescendi.
Anweiſung III (663) 501.
Anwendung des Rechts u. d. Geſetze I (26 ff.) 57 ff.
— — — in Anſehung des Orts I (27) 62.
— — — in Anſehung der Perſonen I (28) 63.
— — — in Anſehung der Zeit I (26) 57 ff.
— neuer Geſetze I (26) 58 ff.
Apertur letztwilliger Verfügungen II (439) 135.
Apoſtaten II (404) 25. (428) 75.
Apprehenſion I (203) 362 ff.
Aquaeductus I (339) 703 ff. (340) 710 ff.
Aquae haustus I (339) 697 ff. (340) 710 ff.
Arbiter III (670) 517.
Arbitria I (139) 197.
Arbitrium eines Dritten I (99) 157.

Arbitrium eines Dritten bei letztwilligen Verfügungen II (432) 93 ff.
— — — beim Kaufpreis III (632) 427.
Argliſt III (693 ff.) 616. 617 ff. ſ. a. dolus.
Argentarii III (573) 68. 89 ff. (594) 222. 225 ff.
— socii III (653) 478.
Argumentum a contrario I (24) 50.
Arme, Erbeinſetzung derſ. II (429) 82.
Arme undotirte Witwe, Erbrecht derſ. II (488) 303 ff.
Arrha III (613) 336.
Arrogatio I (34) 73 ff. (251 ff.) 466 ff., ſ. a. Inteſtaterbfolge.
— impuberis I (252) 467 ff.
Aſſignation III (663) 501.
Auctoritatis interpositio I (279) 513 ff.
Aufhebung der Akquiſition der Erbſchaft II (518) 398.
— der Delation II (490 ff.) 309 ff.
— der Einreden durch Verjährung I (156) 244.
— der juriſtiſchen Perſonen I (56) 98
— der Klagen I (145 ff) 213 ff.
— derſ. durch Konkurrenz I (153) 240.
— der Pönalklagen durch Konkurrenz III (572) 51 ff.
— — — durch Tod I (145) 213 ff.
— — — durch Verjährung I (146 ff.) 219 ff.
— der Obligationen III (616 ff.) 346 ff.
— der Rechtsſätze I (29) 63.
— der Servituten I (356 ff) 784 ff.
— der väterlichen Gewalt I (257 ff.) 477 ff.
— der Vermächtniſſe II (539 ff.) 499 ff.
— des Eigenthums I (337) 684.
— des Pfandrechts I (392) 898 ff.
Aufkündigung der locatio conductio III (643) 452 ff.
— der societas III (654) 481.
— des Mandats III (662) 500. 501.
Auflage, eine fremde Erbſchaft zu reſtituiren II (560) 558.
Auktion III (636) 440 ff.
Ausdehnung von Rechtsſätzen nach ihrem Grunde I (25) 55 ff.
Ausgaben des corpus jnris canonici I (3) 12 ff.
— — — civilis I (2) 1 ff.
Auslegung, ſ. Interpretation, Rechtsgeſchäfte u. letztwillige Verfügungen.
Auslobung III (603) 255 ff. (615) 344.
Ausmittlung des Umfangs der Geſetze I (25) 55 ff.
Ausſchließlichkeit des Beſitzes I (200) 360.
Außerordentliche Erſitzung I (325) 613 ff.
— Succeſſion der pauper uxor indotata II (488) 303 ff.
— — der unehelich Geborenen II (413) 45 ff.
Ausſpielgeſchäfte III (632) 425.
Ausſteuer I (215 ff.) 388 ff., ſ. a. dos.
Ausübung der Obligationen durch Stellvertreter, ſ. Zeſſion.
— der Servituten. I (340) 705 ff. (341) 717 ff.
Authentica Sacramenta puberum I (170) 264. 265.
— Si qua mulier III (581) 160 ff.
Authenticum I (2) 3. (6) 17.
Auxilium divisionis, ſ. beneficium u. exceptio.
Aversio, Kauf per avers. III (635) 430.
Avulsio I (328) 629 ff.

B.

Baſiliken I (2) 11.
Baumaterialien, Beſitz derſ. I (204) 367 ff.
— Vindikation derſ. I (300) 553 ff.
Bäume, Beſchneiden derſ., ſ. interdictum de arboribus caedendis.
Baumfrevel III (682) 593.
Bedingung, Beifügung einer nicht beabſichtigten II (433) 110 ff., ſ. a. conditio.
— die Religion zu ändern oder nicht I (93) 138.

Beerdigung III (710) 646.
— innerhalb der Stadt I (297) 547.
Beerdigungspflicht III (710) 646.
Befreiung des Schuldners III (616 ff.) 346 ff.
Begräbnißbeſorgung III (667) 511.
Begründung der Klagen I (160) 250 ff.
— der Rechte I (118 ff.) 173 ff.
Beiſetzung (widerrechtliche) einer Leiche III (686) 594.
Benachrichtigung von der Zeſſion III (574) 104.
Beneficia I (117) 173.
— fidejussorum III (578) 140 ff.
— nemini obtruduntur I (177) 304.
Beneficium ex Auth. Si qua mulier III (581) 160 ff.
— cedendarum actionum III (574) 113. vgl. (573) 75.
— competentiae s. deductionis I (34) 78. (174) 288 ff. III (575) 117.
— — ex jure tertii I (174) 295 ff.
— dationis in solutum III (583) 171.
— divisionis III (573) 74. 78 ff.
— excussionis III (573) 78 ff. (578) 140 (579) 143 ff.
— — personalis I (389) 888 ff.
— — realis I (389) 888 ff.
— ex edicto D. Hadriani II (510) 364 ff.
— inventarii II (502) 341.
— leg. 23. Cod. ad SCtum Vellej. III (581) 155 ff.
— separationis II (503) 341.
Berechnung der Falzidiſchen und Trebellianiſchen Quart II (535) 462 ff. (536) 478 ff.
— — — — — bei mehreren Erbportionen II (535) 462 ff.
— des Pflichttheils II (475) 255 ff.
— der Zeit, ſ. computatio.
Berufspflicht, verletzte III (699 ff.) 629 ff.
Beſchädigung III (681 ff.) 576 ff., ſ. a. lex Aquilia.
— bei Brand, Schiffbruch u. dgl. III (684) 593.
Beſchädigung durch dolus III (693 ff.) 616 ff.
— durch Thiere III (689) 595 ff.
— eines freien Menſchen III (681) 583.
— eines Grabmals III (685) 594.
— Seitens der publicani III (688) 594. 595.
Beſchränkung von Rechtsſätzen nach ihrem Grunde I (25) 55 ff.
Beſchränkungen des Eigenthums, ſ. Eigenthum.
Beſitz I (198 ff.) 347 ff., ſ. a. possessio.
— abgeleiteter I (200) 353 ff.
— an Theilen und zuſammengeſetzten Sachen I (204) 367 ff.
— Begriff deſſ. I (198) 348.
— Erwerb deſſ. I (202 ff.) 360 ff.
— — durch einen infans I (204) 364 ff.
— — durch Stellvertreter I (205) 375.
— juriſtiſcher I (199. 200) 348 ff.
— Leugnen deſſ. I (332) 647 ff.
— Objekte deſſ. I (201) 360.
— rechtliche Natur deſſ. I (198 ff.) 347 ff.
— Subjekte deſſ. I (200) 353 ff.
— Terminologien deſſ. (naturalis, civilis) I (199) 348 ff.
— Verluſt deſſ. I (206 ff.) 376 ff.
— — durch animus I (208) 379.
— — durch äußere Begebenheit I (207) 377.
— — durch Stellvertreter I (209) 380 ff.
Beſitzer, gewaltſamer, Haftung deſſ. III (588) 200.
Beſtellung der dos I (216) 389 ff.
— der Servituten I (350 ff.) 750 ff.
Betrug I (84) 127, ſ. a. dolus und Argliſt.
— als Reſtitutionsgrund I (185) 317.
— bei letztw. Verfügungen II (431) 86 ff.
— bei Verträgen III (605) 273 ff.
Beweis I (161 ff.) 261 ff.
— der culpa I (110) 166.
— der Exiſtenz von Rechtsſätzen I (12) 37 ff. (17) 44 ff.

Beweis der letztwilligen Verfügungen II (440) 136.
— der Zahlung III (590) 204.
— des Eigenthums I (332) 642 ff.
— — — bei der negatoria I (353) 770 ff.
— bei der Erbſchaftsklage II (505) 347.
— Gegenſtand deſſ. I. (162) 262.
— Laſt I (163) 262.
— Mittel I (164 ff.) 262 ff.
Biennium luitionis I (381) 863.
Billigkeit, ſ. aequitas.
Blutſchande I (47) 90. (255) 472 ff. II (404) 20. (413) 47. (428) 76.
Bona ecclesiastica I (60) 99 ff. (317) 582.
— ereptoria II (565) 577 ff.
— fides I (149) 231.
— — bei der Specification I (310) 566 ff.
— — bei der Uſukapion I (321) 601 ff. (325) 613 ff.
— — bei der Verjährung I (149) 231.
Bonae fidei judicia (compensatio bei denſ.) III (618) 352 ff., ſ. a. judicia und actiones.
— — possessio I (303) 560.
— — possessor, Fruchterwerb deſſ. I (326) 618 ff.
Bona materna, Erbrecht in dieſ. II (409) 35.
— receptitia s. paraphernalia I (223) 417.
— vacantia II (564) 571 ff.
— — Verjährbarkeit derſ. I (317) 582.
Bonitariſches Eigenthum I (295) 540 ff.
— — an ſich ſelber I (34) 72.
Bonorum possessio II (398 ff.) 11 ff.
— — Bedeutung derſ. im juſtinian. Rechte II (403) 24.
— — contra tabulas II (398) 12. 14 ff. (472) 236 ff.
— — — — commisso per alium edicto II (472) 237.
— — — — Verluſt derſ. II (472) 245.
Bonorum possessio contra tabulas, Wirkung derſ. II (472) 239 ff.
— — edictalis s. cognita pro tribunali causa data II (400) 21 ff.
— — decretalis s. de plano data II (400) 21 ff.
— — Erwerb derſ. II (400) 21 ff. (500) 340.
— — ex Carboniano edicto II (512) 369 ff. (400) 22.
— furiosi nomine II (511) 367. (400) 22.
— — intestati II (407) 29 ff.
— — Klaſſen derſ. II (401) 23.
— — litis ordinandae gratia II (478) 264.
— — necessaria II (478) 264.
— — ordinaria und extraordinaria II (402) 24. (512) 371.
— — secundum tabulas II (398) 12. 15. (473) 245 ff.
Bonorum possessio sec. tab. cum re et sine re II (398) 14 ff. (399) 19 ff. (473) 246 ff.
— — unde cognati II (398) 12.
— — unde liberi II (398) 12. (407) 29. 30.
— — unde vi et uxor II (398) 11 ff.
— — Urſprung und Entwicklung derſ. II (398) 11 ff.
— — ventris nomine II (511 a) 368 ff.
— — Verhältniß derſ. zur hereditas II (399) 19 ff.
Brautgeſchenke I (212) 387.
Brautkinder, Erbſchaft derſ. II (413) 47 ff.
Breviarium Alaricianum I (2) 7.
Bürge, ſ. fidejussor.
Bürgerliche Ehre I (46 ff.) 84 ff.
Bürgſchaft, ſ. fidejussio.
Burgundionum, ſ. lex Rom. Burgund.
Byzantiniſches Recht I (2) 9 ff.

C. ſ. a. K. u. Z.

Caducorum vindicatio II (496) 317 ff.
Caducum II (429) 78 ff.
Calumnia I (47) 86. III (694) 617.
Canon ſ. emphyteusis.
Capacitas II (429) 77 ff.
Capite damnati II (404) 24. (428) 74.
Capitis deminutio I (34) 73 ff.
— — maxima I (34) 73 ff.
— — media I (34) 73 ff.
— — minima I (34) 73 ff.
— — — Wirkungen derſ. I (34) 78 ff. ſ. a. in integrum restitutio.
Carbonianum edictum II (512) 369 ff.
Casum sentit dominus III (591) 206.
Casus III (591) 204 ff. (569) 20 ff.
— insolentissimi III (641) 450.
— qui certam habent quantitatem und incerti III (571) 46 ff.
— unus Institutionum I (332) 651 ff.
Causa cessionis III (574) 104. 105.
Causae favorabiles I (102) 158. 159.
Causa falsa non nocet II (431) 91.
— perpetua bei Realſervituten I (340) 707 ff.
— possessionis I (204) 375.
Cautela Socini II (476) 261.
Cautio damni infecti III (678) 549 ff.
— de damno praeterito III (678) 562 ff.
— de demoliendo III (676) 538 ff.
— de non amplius turbando I (336) 682.
— discreta et indiscreta III (625) 403 ff.
— legatorum servandorum causa II (532) 459 ff.
— Muciana II (435) 124 ff.
— usuaria u. usufructuaria I (346) 743.
Cautiones I (191) 330.
Cedens III (574) 101.
Centesimae usurae I (77) 112.
Certum und incertum, als Gegenſtand einer Obligation III (571) 46 ff.
Cessante ratione legis, cessat lex ipsa I (25) 56.
Cessio ſ. a. Zeſſion
— bonorum I (174) 293 ff. III (586) 175.
— legis III (574) 103.
Cessionarius III (574) 101 (575) 117 ff.
Cessio necessaria III (574) 112.
— ususfructus I (344) 738 ff.
— voluntaria III (574) 112.
Civilis possessio I (199) 348 ff.
Civil-Recht, Literatur deſſ. I (8 ff.) 18 ff.
Civis Romanus I (34) 73 ff.
Clausula codicillaris II (527) 445 ff. (539) 500. (479) 270.
— derogatoria II (460) 203.
— doli I (139) 204. (185) 317 ff.
— generalis, ſ. in integrum restitutio.
Codex Gregorianus I (2) 8.
— Hermogenianus I (2) 8.
— Justinianeus, Ausgaben deſſ. I (2) 2.
— — nicht gloſſirte Stücke deſſ. I (6) 14 ff.
— Theodosianus I (2) 7.
Codicilli II (526 ff.) 439 ff.
Coelebs II (429) 79.
Coëmtio I (34) 76.
Cognatio I (43) 83.
Cognitiones extraordin. I (143) 212.
Collatio bonorum II (515 ff.) 376 ff.
— — der Descendenten überhaupt II (516) 389 ff.
— — — — Gegenſtand derſ. II (516) 393. 395 ff.
— — — — Subjekte derſ. II (516) 391 ff. 394 ff.
— der emancipati II (515) 376 ff.
— — — vor der Nov. 118 II (515) 382 ff.
— dotis II (516) 389.
— legum Romanarum et Mosaicarum I (2) 6.
Collegatarii conjuncti II (496) 318 ff.
Collegia illicita I (56) 98.
Commercium I (63 ff.) 103 ff.
Commodatum III (629) 412. 413.
— Unterſchied von precarium III (691) 607 ff. 613 ff.

Commodum bei Obligationen III (591) 204 ff.
— rei III (591) 204 ff. (633) 429.
— repraesentationis s. temporis III (587) 175 ff.
Communio incidens III (657) 485.
— — im Gegensatz zur universitas I (54) 94 ff.
Compendia beim Irrthum I (83) 122 ff.
Compensatio, s. Kompensation.
Competentia, s. beneficium compet.
Compossessio in solidum I (200) 360.
Compromissum III (670) 517.
Computatio ad dies I (196) 339 ff.
— a momento ad momentum I (196) 339 ff.
— civilis u. naturalis I (196) 339 ff.
Concordia discordantium canonum I (3) 12.
Concursus causarum lucrativarum II (545) 517. III (622) 384.
— particularis und universalis III (593) 218, s. a. Konkurs.
Condemnatio in id, quod debitor facere potest I (174) 288 (160) 252.
Condictio causa data, causa non secuta III (599) 239. (626) 406 ff.
— certae pecuniae I (139) 205.
— certi I (139) 201 ff. 206.
— — generalis I (139) 207.
— de bene depensis s. de bona fide consumtis III (623) 387.
— ex causa furtiva s. furtiva III (679) 573 ff. (625) 401.
— ex injusta causa III (627) 408.
— ex lege (canone, moribus) I (139) 202.
— der pauper ux. indot. II (488) 308.
— ex lege Rhodia III (649) 466.
— ex lege 2 Cod. de rescind. vend. III (611) 331.
— ex mutuo III (623) 385 ff.
— — — Verjährung derf. I (147) 222. 225.
Condictio furtiva III (625) 401. (679) 573 ff.
— generalis I (139) 207 ff.
— incerti I (139) 206 ff.
— indebiti III (625) 390 ff.
— — Beweis derf. III (625) 402 ff.
— — Voraussetzungen derf. III (625) 390 ff.
— — Wirkungen derf. III (625) 404 ff.
— Juventiana III (623) 387.
Condictiones I (139) 196 ff.
— datorum I (139) 202. III (624) 389 ff.
Condictio ob rem datorum III (626) 406 ff.
— ob turpem causam III (627) 408 ff. (694) 618.
— quasi indebiti III (625) 394.
— sine causa III (628) 409 ff.
— triticaria I (139) 207.
Conditio I (93 ff.) 131 ff. s. a. Bedingung.
— Begriff und Arten I (93) 131 ff.
— bei letztwilligen Verfügungen II (434 ff.) 104 ff.
— contra bonos mores I (93) 136.
— contra leges et decreta principum I (93) 136.
— deficiens I (95) 149.
— Erfüllung derf. I (94) 140 II (435) 117 ff.
— existens I (95) 142 ff.
— falsa II (434) 107.
— impossibilis I (93) 134 ff. II (434) 106 ff. 113.
— juris I (93) 134.
— pendens I (95) 141.
— perplexa II (434) 113.
— resolutiva I (96) 149 ff. (434) 104 ff.
— secundum quid impossibilis I (93) 139.
— suspensiva I (95) 141 ff.
— turpis I (93) 136 ff. II (434) 106 ff.
— Wirkungen derf. I (95 ff.) 136 ff. II (436) 132 ff.
Conditionis implendae causa II (476) 262 (536) 484 (558) 551.

Condominium I (304) 561.
Confines III (658) 490.
Confirmatio tutorum ex jure Romano I (265) 492 ff.
— — ex jure Germanico I (273) 509.
Confiscatio II (428) 74 ff.
Confusio ſ. Konfuſion.
Conjunctio mehrerer Honorirten II (496) 318 ff.
Conjux binubus, Nachtheile deſſ. I (228) 424 ff. II (429) 81.
Consensus bei Verträgen III (603) 248 ff.
Consilium III (659) 493 ff.
Constitutio Justiniani de incertis personis II (429) 84.
Constitutio Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum III (599) 241.
Constitutio 7 unde vi I (133) 190.
Constitutum III (672) 519 ff.
— debiti alieni III (579) 142 ff.
— — proprii III (579) 143.
Consuetudo legi contraria I (16) 42 ff.
— longa bei Servituten I (351) 761 ff.
— longi temporis I (351) 761 ff.
Consultatio veteris ICti I (2) 6.
Consumtio existimationis I (46) 84. 85.
Contractus III (596 ff.) 230 ff.
— aestimatorius III (639) 445.
— bonae fidei und stricti juris, Betrug bei denſ. III (605) 274 ff.
— certi und incerti I (139) 208 III (599) 239.
— claudicans I (279) 518.
— emphyteuticarius III (647) 462.
— famosi I (47) 87.
— innominati I (139) 208 ſ. a. Innominatkontrakte.
— pigneratitius III (631) 423.
Contrarius consensus III (621) 381 ff.
Controversia de fine III (658) 488.
— de loco III (658) 488.
Contumacia ſ. juramentum in litem
Contumelia III (701) 630 ff.
Conventio in manum I (34) 76.
Convicium III (701) 630 ff.
Corpus juris Antejustinianei I (2) 3 ff.
— — canonici I (3) 12. 13.
— — — Ausgaben deſſ. I (3) 12.
— — — Zitirmethode deſſ. (3) 12. 13.
— — civilis, Ausgaben deſſ. I (2) 1 ff.
Correi debendi u. credendi III (569) 17. (573) 58 ff.
Credendi animus I (121) 175.
Creditores creditorum III (593) 220.
Crimen expilatae hereditatis I (47) 86.
— sepulchri violati I (47) 86.
Culpa I (104 ff.) 160 ff.
— Aquilia u. extra Aquilia I (104) 160.
— Beweis derſ. I (110) 166.
— Gattungen derſ. I (106 ff.) 161 ff.
— Grade derſ. I (106 ff.) 161 ff.
— in faciendo und in non faciendo I (104) 160.
— lata, levis, levissima I (107) 161 ff.
— Präſtation derſ. I (109) 165 ff.
Cura s. curatio I (291 ff.) 528 ff.
— bonorum I (294) 535.
— impuberum I (293) 535.
— minorum I (291) 528 ff.
— — nach deutſchem Recht I (292) 531 ff.
— personarum I (291 ff.) 528 ff.
— über Wahnſinnige, Verſchwender und andere Perſonen I (293) 532 ff.
— Unterſchied derſ. von der Tutel I (263) 486 ff.
Curator bonorum absentis I (294) 535.
Curatorium I (273) 509. 510.
Custodia I (105) 160 ff.

D.

Damna, beim Irrthum I (83) 122 ff.
— amittendae rei suae I (83) 126.
Damni infecti cautio III (678) 549 ff.
— Ausnahmen von derſ. III (678) 564 ff.
Damnum circa rem und extra rem III (571) 45.

Damnum coactis hominibus datum III (683) 593.
— corpore corpori datum III (681) 579.
— emergens I (83) 124. III (571) 38 ff.
— injuria datum III (681) 576 ff.
— turba datum III (683) 593.
Darlehns-Vertrag III (623) 385 ff.
Datio solvendi, credendi, donandi animo I (121) 175.
— ex causa III (625) 401.
— in adoptionem I (34) 76, ſ. a. adoptio.
— in solutum III (583) 168 ff.
— legati, ſ. ademtio legati.
— ob rem III (625) 401.
Debitor cessus III (574) 101.
— — Einreden deſſ. gegen den Zeſſionar III (575) 113 ff.
Decretum de alienando I (277) 511. 512.
— D. Marci I (133) 188 ff.
— Gratiani I (3) 12.
Deductio servitutis I (351) 759.
Defensio, als Interceſſion III (577) 131.
Dejektion III (690) 600 ff., ſ. a. Beſitz.
Dekretalen-Sammlungen, ſpätre I (3) 13.
Dekrete I (13) 39.
Delation der Erbſchaft II (395 ff.) 7 ff., ſ. a. Erbſchaft.
— — — Aufhebungsgründe derſ. II (490 ff.) 309 ff.
— Folgen der Aufhebung derſ. II 493 ff. 312 ff.
— der Vormundſchaft, ſ. tutela.
Delationsgründe II (395 ff.) 7 ff.
— Verhältniß derſ. zu einander II (397) 9 ff.
Delegatio III (574) 100. (619) 375 ff.
Deliberationsfriſt II (499) 339.
Delicta extraordinaria I (47) 86.
— Klagen aus denſ. I (145) 215 ff., ſ. a. actiones poenales u. mixtae.
Delicta, Obligationen aus denſ. III (674 ff.) 525 ff.
— privata und publica (Infamie als Folge) I (47) 86.
Denuntiation an den debitor cessus III (574) 104. (575) 121.
— an den Verpfänder I (379) 859.
Depoſition (ſtatt Zahlung) III (617) 346.
Depositum III (630) 414 ff.
— irregulare III (630) 415 ff.
— miserabile III (630) 414.
Dereliktion (ſtatt Zahlung) III (617) 346.
Derivativer Erwerb I (332) 642 ff.
Derogations-Syſtem II (486) 296 ff.
Desuetudo I (16) 42.
Deszendenten, Succeſſion derſ. II (415) 50 ff.
— uneheliche, Erbrecht derſ. II (413) 45 ff.
Detention I (199) 348 ff.
Deutſche Praxis I (4) 13.
— — Literatur derſ. I (10a) 31 ff.
Deutſche Reichsgeſetze I (4) 13 ff.
Deutſches Recht I (5) 14.
Dieb (fur semper moram facit) III (588) 200.
Diebſtahl, ſ. furtum.
Dienſte, Vergeltung geleiſteter III (650) 467.
Diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore III (588) 190 ff.
Dies I (97) 156. II (437) 135.
— cedens II (529) 457. III (588) 191.
— certus bei Obligatt. III (588) 186 ff.
— intercalaris I (197) 341 ff.
— interpellat pro homine III (588) 186 ff.
— legati cedit u. venit II (404) 27. (529) 457.
— obligationis III (588) 191.
— solutionis III (588) 191.
— veniens III (588) 191.
Diligentia in abstracto u. in concreto I (108) 165.

Dingliche Rechte, ſ. Rechte.
Disſpoſitiv-Geſetze I (20) 46.
Dissensus mutuus III (621) 381 ff.
Distractio pignoris I (379) 856 ff.
— — Wirkungen derſ. I (380) 860 ff.
Dolo malo desiit possidere (qui) I (332) 648 ff.
Doloſe Repudiation II (539) 502 ff.
Dolus I (106) 161, ſ. a. Betrug und Argliſt.
— als Reſtitutionsgrund I (185) 318 ff.
— causam dans III (605) 273 ff.
— incidens III (605) 273 ff.
Domicilium I (41) 82.
Dominium, ſ. a. Eigenthum.
— directum I (302) 559 ff.
— divisum I (802) 559 ff.
— ex jure Quiritium I (34) 72 (295) 540 ff.
— ex utroque jure I (295) 541.
— litis III (574) 101 ff.
— revocabile ex nunc und ex tunc I (96) 149 ff. (301) 555 ff.
— utile I (302) 579 ff.
Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur I (121) 175.
Donatio I (121 ff.) 174 ff.
— Arten derſ. I (125) 181 ff.
— Erforderniſſe I (122) 178 ff.
— große I (122) 179.
— immodica, inofficiosa II (482) 276 ff.
— inter virum et uxorem I (225) 418 ff.
— inter vivos II (482) 276 ff.
— mortis causa II (561 ff.) 559 ff.
— — — Anwendung der Legatentheorie auf dieſ. II (562) 562 ff.
— — — eines filiusfamilias II (428) 73 ff.
— Formen derſ. II (563) 567 ff.
— propter nuptias I (222) 416 ff.
— remuneratoria I (125) 181 ff.
— Revokation derſ. I (124) 180 ff. (145) 214.
— simplex u. sub modo I (125) 181 ff.
Donatio, Wirkungen derſ. I (123) 180.
Dos I (215 ff.) 388 ff.
— adventitia I (220) 405 ff.
— aestimata I (221) 416.
— Begriff u. Arten derſ. I (215) 388. (221) 416.
— Beſtellung derſ. I (216) 389 ff.
— Erſatz der Verwendungen auf dieſ. I (220) 415.
— necessaria I (216) 391.
— profectitia I (220) 406 ff.
— receptitia (beneficium competentiae bei derſ.) I (174) 292.
— Rechte der Frau an derſ. I (218) 397 ff.
— Rechte des Mannes an derſ. I (217) 392 ff.
— Rechtsverhältniſſe derſ. während der Ehe I (217 ff.) 392 ff.
— relegata s. praelegata II (555) 542.
— Schickſal derſ. nach getrennter Ehe I (219 ff.) 402 ff.
Dositheus I (2) 5.
Dotal-Früchte, Theilung derſ. I (220) 409 ff.
Dotalklage auf Rückforderung I (220) 406 ff.
Dotal-Syſtem I (214 ff.) 387 ff.
Dotationspflicht, ſ. dos necessaria.
Dotis causa est perpetua I (218) 400 ff.
Drohung III (692) 614 ff., ſ. a. Zwang und vis.
Duplae stipulatio III (609) 301 ff. 309.
Duplicia interdicta I (141) 211. (336) 676.
Duplikationen I (157) 244.

E. ſ. a. Ae.

Ecloga legum Leonis et Constantini I (2) 10.
Edictum aedilicium III (609) 301 ff.
— Claudii II (433) 102.
— de legatis praestandis II (472) 241 ff.

Edictum successorium II (398) 18. (407) 29 ff. (420) 62 ff.
— Theodorici I (2) 8. 9.
Editio actionis III (708) 641 ff.
Edition III (708) 641 ff.
Effusum u. dejectum III (704) 633.
Ehe I (211 ff.) 385 ff.
— als Succeſſionsgrund II (422) 69. (488) 303 ff.
— Auflöſung derſ. I p. 385.
Ehebrecherin I (47) 89.
Ehebruch II (413) 46. I (255) 472.
Ehe, Einfluß derſ. auf das Vermögen I (214 ff.) 387 ff.
— Eingehung derſ. I (211) 385.
Ehegatten, incapacitas unter einander II (429) 79.
— perſönliches Verhältniß derſ. I (213) 387.
— Verhältniß derſ. in Betreff der Kinder I (228) 429.
Ehe, zweifache I (47) 88.
— — Kinder aus derſ. II (413) 47.
— zweite (Strafen derſ.) I (227) 424 ff.
Ehre bürgerliche I (46) 84. 85.
Ehrenminderung I (46 ff.) 84 ff.
Eid I (168 ff.) 264 ff., ſ. a. juramentum.
— Begriff u. Arten deſſ. I (168) 264.
— Vertrag über Ableiſtung eines außerordentlichen Eides III (671) 518.
— Wirkungen deſſ. I (170) 264 ff.
Eigenmacht, ſ. Selbſthilfe.
Eigenthum I (295 ff.) 539 ff.
— an den Dotalſachen I (218) 399 ff.
— Begriff deſſ. I (295) 539 ff.
— Beſchränkungen deſſ. I (297 ff.) 543 ff.
— — — in Betreff der Veräußerung I (299) 548 ff.
— — — in Betreff der Vindikation I (300) 553 ff.
— — — in Betreff des Waſſerlaufs I (298) 548.
— Beweis deſſ. I (332) 642.
— bonitariſches I (295) 540 ff.
Eigenthum, bonitariſches, Entſtehungsgründe deſſ. I (295) 542 ff.
— Erwerb deſſ. I (305 ff.) 561 ff.
— — Erforderniſſe deſſ. I (305) 561.
— fingirtes I (303) 560. 561.
— getheiltes, ſ. dominium divisum.
— Klagen aus demſ., ſ. Eigenthümer.
— nutzbares I (302) 559. 560.
— quiritariſches I (295) 540 ff.
— Veräußerungsverbote deſſ. I (299) 548 ff.
— Verluſt deſſ. I (337) 684.
Eigenthümer, Rechtsmittel deſſelben I (332 ff.) 640 ff. (353) 767 ff.
Einheit des Orts, der Zeit u. der Handlung bei Teſtamenten II (444) 141 ff.
— Einquartirungslaſt III (641) 450. 451.
Einreden, ſ. exceptiones.
Einſchränkung von Rechtsſätzen I (25) 56 ff.
Einſeitige Obligationen I (139) 200 ff. III (618) 352 ff.
Eintritt in die Stelle eines andern Pfandgläubigers I (377. 378) 852 ff.
Einwilligung in fremde Handlungen I (87) 128.
Ejuratio bonae copiae I (174) 295.
Emancipatio I (257) 477 ff.
— Anastasiana I (257) 480.
— Justinianea I (257) 480.
Emphyteusis I (358 ff.) 789 ff.
— Begriff derſ. I (358) 789.
— Erlöſchung derſ. I (361) 794.
— Errichtung derſ. I (360) 792 ff.
Emphyteuta, Beſitz deſſ. I (200) 355.
— Fruchterwerb deſſ. I (326) 619.
— Rechte und Verbindlichkeiten deſſ. I (359) 791. 792.
Emtio venditio, ſ. Kaufkontrakt.
— rei speratae und spei III (632) 425.
Endigung der locatio conductio III (643) 451 ff.
— der Rechte I (126 ff.) 182 ff.
— der Societät III (654) 481 ff.

Endigung der Vormundschaft I (288 ff.) 524. 525.
Endtermin für dingliche Rechte I (96) 149 ff. (128) 184. (301) 555 ff.
Enterbung II (470) 232 ff., s. a. exheredatio.
— nach Nov. 115. II (484) 284 ff.
Enterbungsgründe nach Nov. 115. II (484) 285 ff.
Entstehung der juristischen Personen I (60) 99 ff.
— der Obligationen III (595 ff.) 229 ff.
— — — durch Stellvertreter III (608) 288 ff.
— der Rechte I (118 ff.) 173 ff.
— des Pfandrechts I (371 ff.) 828 ff.
— des Rechts I (11 ff.) 37 ff.
Entwährung, s. Eviktionsleistung.
Entwendung III (679) 568 ff.
— unter Ehegatten I (226) 423.
Epistola D. Hadriani III (573) 78.
Epitome Gaji I (2) 8.
Erbeinsetzung II (449) 148 ff. (469) 229 ff.
— der Notherben II (468 ff.) 220 ff.
Erben, Rechtsmittel derf. II (505 ff.) 342 ff.
— — — bei der Quarta Falcidia II (537) 493.
— Verhältniß derselben zu einander II (513 ff.) 374 ff.
Erbfähigkeit II (404) 24 ff. (429) 76 ff.
Erbfolge aus Testament, s. Testaments-Erbfolge.
Erbrecht I (113) 172. II (393 ff.) 3 ff.
Erbschaft, ruhende I (53) 92. II (394) 4 ff.
— Antretung derf. II (498) 332 ff.
— — Zeit derf. II (499) 339 ff.
— Delation u. Akquisition II (395 ff.) 7 ff.
— Delationsgründe II (396) 7. 8.
— — Verhältniß derf. zu einander II (397) 9 ff.
— Erwerbung derf. II (497 ff.) 330 ff.
Erbschaft, Erwerbung, Form derf. II (498) 332 ff.
— — nach prätorischem Rechte II (400) 21 ff. (500) 340.
— — Wirkungen derf. II (501 ff.) 341 ff.
Erbschaftsklage II (505 ff.) 342 ff.
Erbschaftsveräußerung II (517) 397.
Erbschaft, Verlust einer erworbenen II (518) 398.
— Vertheilung derf., Zeitpunkt derf. II (421) 68 ff.
Erbschaftsverträge, s. Erbverträge.
Erbtheile bei der Intestaterbfolge II (415 ff.) 50 ff.
— bei der Testamentserbfolge II (449) 159 ff.
Erbtheilungs-Klage II (514) 374 ff.
Erbverträge II (396) 7 ff.
Erfüllung der Bedingung I (94) 140. (95) 142 ff. II (435) 117 ff.
— der Obligationen, s. Zahlung.
Erlaß-Verträge III (621) 381 ff.
Ernstlichkeit des Willens, s. Wille.
Eröffnung der Testamente II (439) 135.
Errantis nulla est voluntas I (83) 118 ff. III (604) 260 ff.
Errichtung der Vermächtnisse II (520 ff.) 401 ff.
— — — Form derf. II (526 ff.) 439.
Error I (83) 116 ff., s. a. in integrum restitutio.
— bei der bonae fidei possessio I (83) 119.
— bei der causa traditionis I (311) 572 ff.
— bei der Tradition I (311) 570 ff.
— bei letztwilligen Verfügungen II (431) 80 ff.
— bei Verträgen III (604) 260 ff.
— concomitans III (604) 261.
— echter I (83) 120.
— entschuldbarer I (83) 120 ff.
— essentialis III (604) 261.
— furti I (83) 120 ff. 126.

Error in bonitate III (604) 264.
— in corpore III (604) 261.
— in der Subſumtion von Thatſachen unter Rechtsregeln I (83) 127.
— in dominio III (604) 270.
— in quantitate III (604) 269 ff.
— in substantia III (604) 264.
— juris I (83) 120 ff. 126.
— — dabei privilegirte Perſonen I (83) 127.
— — über jus controversum I (83) 126.
— über die Vertragsart III (604) 261.
— unechter u. unentſchuldbarer I (83) 120 ff.
Erſcheinen (verhindertes) vor Gericht III (695) 618.
Erſitzung, ſ. usucapio u. Verjährung (erwerbende).
Erwerb der Rechte I (118 ff.) 173 ff.
— der Vermächtniſſe II (529 ff.) 457 ff.
— der Erbſchaft II (497 ff.) 330 ff.
— des Eigenthums I (305 ff.) 561 ff.
— des parens durch ſeine Kinder I (238) 444.
— des Univerſalfideikommiſſes II (558) 547 ff.
— des vermachten Rechts II (529) 457 ff.
— durch Succeſſion I (119) 173. 174.
— in Folge Veräußerung I (120) 174.
Erwerbs-Geſellſchaft III (651) 472 ff.
Erwerbung I (118 ff.) 173 ff., ſ. a. Erwerb.
Erzeugniſſe, ſ. Früchte.
— Erwerb derſ. durch Separation I (326) 616 ff.
— — — durch Perception I (312) 576.
Erziehung der Kinder I (259) 481.
— des Mündels I (275) 511.
Erzwungener Erbſchaftsantritt II (558) 547 ff.
— Nachlaß III (583) 171 ff.
Essentialia negotii I (90) 130.
Eviktionsleiſtung III (610) 310 ff.
— bei der dos I (217) 396.
— beim Prälegat II (523) 420 ff.
Eviktionsleiſtung des Schenkers III (610) 315 ff.
— des Verpfänders I (380) 861 ff.
— wegen Vertrags III (610) 310 ff.
Exaequatio legatorum et fideicommissorum II (526) 443 ff.
Exceptio I (154 ff.) 241 ff., ſ. a. lex Cincia.
— bonae fidei possessionis I (335) 670 ff.
— cedendarum actionum III (573) 74 ff. (574) 113.
— competentiae, ſ. beneficium compet.
— divisionis III (573) 78 ff.
— doli I (155) 243. 244. (185) 318 ff. (334) 658 ff. III (575) 115 ff. (607) 283 ff. (618) 352. (693) 616.
— — bonae fidei judiciis inest I (139) 199. (155) 244. (185) 318. III (605) 275.
— — specialis u. generalis I (155) 243. 244. III (605) 276.
— dominii I (335) 668. (334) 660.
— excussionis III (573) 78, ſ. a. beneficium.
— — realis und personalis I (389) 888 ff.
— litis pendentis I (160) 248.
— metus I (185) 319, ſ. a. Zwang und vis.
Exceptiones I (154 ff.) 241 ff.
— Begriff u. Arten I (154. 155) 242.
— dilatoriae I (155) 242.
— facti I (155) 243.
— in favorem debitoris u. in odium creditoris I (151) 233 ff.
— in rem u. in personam I (155) 243.
— juris I (155) 243.
— peremtoriae I (155) 242.
— perpetuae I (147) 224. 225. (155) 242.
— populares I (155) 243.
— rei und personae cohaerentes I (155) 243.

Exceptiones, Rechtsgrundsätze über dies. I (156) 244.
— temporales I (147) 224. (155) 272.
— Verjährung derf. I (156) 244. (151) 242.
Exceptio nondum adimpleti contractus III (607) 283 ff.
— non numeratae dotis I (167) 263. 264.
— non numeratae pecuniae I (167) 263. 264. III (623) 389.
— non rite adimpleti contractus III (607) 283 ff.
— ordinis III (574) 109.
— plurium constupratorum I (260) 482.
— praejudicialis I (173) 281.
— quod praejudicium hereditati non fiat II (508) 350.
— rei in judicium deductae I (160) 248 ff. II (508) 350.
— rei judicatae I (173) 276 ff. 285. (334) 659.
— — — obstat, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur I (173) 279 ff.
— rei venditae et traditae I (334) 659 ff.
— retentionis I (334) 659, f. a. Retention.
— SCti Macedoniani I (245) 455 ff.
— SCti Vellejani III (581) 146 ff.
— temporis (151) 232 ff.
— vitiosae possessionis, f. interdictum uti possidetis.
Excusationes voluntariae u. necessariae der Tutoren I (270 ff.) 501 ff.
Execution der Teſtamente II (441) 136.
Exegetiſche Schriften I (8) 18 ff.
Exercitor navis III (661) 495 ff.
Exheredatio II (470) 232 ff.
— ab omnibus gradibus II (470) 233 ff.
— bona mente III (487) 303.
— post mortem exheredati II (468) 227.
Exheredatus numerum facit ad augendam partem, ad minuendam legitimam III (475) 257.
— pro mortuo habetur II (480) 274.
Exhibition letztwilliger Verfügungen II (440) 136, f. a. actio ad exhibendum.
Existimatio I (46) 84.
Exkuſationsgründe bei der Tutel I (271) 504 ff.
Exkuſationsproceß bei der Tutel I (272) 508. 509.
Exkuſſions-Einreden I (389) 888 ff., f. a. beneficium u. exceptio excussionis.
Expensilatio, f. literarum obligatio.
Expilata hereditas I (47) 86.
Expromissio III (577) 131.
Extraneus manumissor II (409) 37.

F.

Facere, als Gegenſtand der Obligation III (568) 16.
Faciendi obligationes III (583) 171.
Facta praeterita, futura, pendentia I (26) 61.
Factum alienum, als Gegenſtand eines Verſprechens III (608) 296 ff.
Facultas alternativa III (569) 21.
— — im Falle der laesio enormis III (611) 331.
Fähigkeit zur Uebernahme der Vormundſchaft I (270) 501 ff.
Fahrwegsgerechtigkeit I (341) 719.
Falsa causa non nocet II (431) 91.
Falsa demonstratio II (433) 99.
Falsus tutor I (290) 526.
Familia I (34) 72 ff.
Familiae emtor II (444) 140. (429) 82.
Familienfideikommiß II (524) 432.
Familienrath I (262) 486.
Familienrecht I (211 ff.) 385 ff.
Fauſtpfand I (363) 797.
Fauſtpfandgläubiger, Beſitz deſſ. I (200) 355.

Feminae probrosae II (429) 79 ff.
Fenſter, ſ. servitus luminum.
Fictio simplex und retrotractiva I (255) 472.
Fictus possessor I (332) 647 ff. II (505) 346.
Fideicommissum heredi praesenti injunctum II (528) 453 ff.
— hereditatis II (556 ff.) 545 ff.
— tacitum II (565) 577, ſ. a. Univerſalfideikommiß und Vermächtniſſe.
Fidejussio III (578) 132 ff., ſ. a. Bürgſchaft.
— indemnitatis III (578) 141.
Fidejussor, Einreden deſſelben III (578) 136 ff. 140, ſ. a. in integr. restitutio wegen Minderjährigkeit.
Fiducia, ſ. Pfandrecht.
Filiusfamilias I (34) 74. (42) 82. 83.
Finden eines Schatzes I (309) 563.
Fiscaliſche Veräußerungen I (311) 575.
Fiscus I (53) 93. (58) 98. (148) 230.
— Verjährung der Klagen deſſ., ſ. Verjährung der Klagen.
Flamen Dialis I (34) 74.
Flüſſe I (66) 103.
Foenus nauticum vel quasi III (623) 389.
— unciarium I (77) 113.
Forderung, ſ. obligatio.
Forderungshandel III (576) 122 ff.
Form der Rechtsgeſchäfte I (92) 130.
Formalkontrakte III (598) 230. 231.
Formula hypothecaria I (389) 888.
— in factum und in jus concepta I (138) 195 ff.
— negatoria I (353) 769.
— petitoria I (295) 542.
— prohibitoria I (353) 769.
— Fragmenta Ulpiani I (2) 4.
— Vaticana I (2) 6.
Fragmentum de jure fisci I (2) 4.
— Dositheanum I (2) 5.
— Ulpiani I (2) 5.
Freiheit I (113) 171, ſ. a. status libertatis.
Freundeskauf III (611) 332. (632) 427.
Früchte I (74) 110, ſ. a. omnis causa u. restitutio rei.
Fruchterwerb der Beſitzer I (326) 616 ff., ſ. a. Separation.
— durch Perception I (312) 576 ff., ſ. a. Perception u. Separation.
Früchte der dos, Theilung derſ. I (220) 409 ff.
Fructus I (74 ff.) 110 ff., ſ. a. rei vindicatio u. hereditatis petitio.
— exstantes I (326) 620.
— naturales u. industriales I (326) 620. 626 ff.
— percipiendi I (333) 656.
— sine usu I (348) 746.
Fundbiebſtahl III (679) 572.
Fundi patrimoniales I (313) 577.
Fundus dotalis I (217) 396 ff. (317) 585.
Fungibilien I (68) 104. 105.
Furcht, ſ. vis, metus u. Zwang.
Furiosus II (428) 72.
— Beſchädigungen durch denſ. III (571) 36 ff.
— curator deſſ. I (293) 532 ff.
— Verpfleger eines ſolchen II (424) 70. (565) 582.
Fur semper moram facit III (588) 202.
Furtum III (679) 568 ff.
— Haftung dafür, ſ. custodia.
— possessionis III (679) 571 ff.
— rei alienae III (679) 572 ff.
— rei ipsius III (679) 569 ff.
— rei propriae III (679) 572.
— usus III (679) 570.
Fußwegsgerechtigkeit I (341) 717 ff.

G.

Gaji institutionum commentarii IV I (2) 3.
— epitome I (2) 8.
Gantſchuldner III (592 ff.) 216 ff.
Gaſtwirth, Verpflichtung deſſ. III (648) 463 ff.

Geburt, als Erforderniß der Persönlichkeit I (32) 64 ff.
— eheliche u. uneheliche I (35) 80.
— monströse I (32) 64 ff.
Gefährliche Thiere, Halten derselben III (706) 634.
Gefangene, Erbeinsetzung derf. II (429) 82.
Gefangenhaltung (widerrechtliche) eines Menschen III (702) 632.
Gegenseitige Obligationen III (607) 283 ff., f. a. einseitige Obligatt.
Gegenstand des Pfandrechts I (366 ff.) 805 ff.
— des Vermächtnisses II (525) 432 ff.
Gegenstände der Rechte I (113) 167 ff.
Geisteskrankheit I (38) 81.
Geistliche, Verfügung über deren Nachlaß II (432) 96 ff.
Geld I (68) 104.
— Kommixtion deff. I (331) 639.
Geldschulden, Einfluß einer Münzveränderung auf dief. III (570) 28 ff.
Gelübde III (615) 344.
Gemeinschaft (communio) III (657) 485.
Gemeinschaftliche Testamente II (448) 147.
Gemischte Schriften über das röm. Recht I (10) 25 ff.
Gemischtes System des Notherbenrechts II (485) 292 ff.
Genehmigung, f. Ratihabition.
Generalpfandrecht, f. Pfandrecht am ganzen Vermögen.
Genossenschaften I (54) 94.
Genus legatum II (549) 525 ff.
— non perit III (591) 207.
Gerichtsgebrauch I (18) 45.
Geschäfte, f. Rechtsgeschäfte.
Geschäftsführung, f. negotiorum gestio.
Geschlecht I (36) 81.
Gesellschafter, f. socii.
Gesellschafts-Vermögen, Theilung deff. III (655) 482 ff.
Gesellschaftsvertrag, f. societas.
Gesetz, Anwendung deff. I (26 ff.) 57 ff.
Gesetz, Aufhebung deff. I (29) 63.
— Auslegung deff., f. Interpretation.
— Promulgation u. Publication deff. I (12) 40. 41.
— Umfang deff. I (25) 55.
Gesetzliche Zinsen III (588) 183 ff.
Gesetzliches Pfandrecht I (374 ff.) 840 ff.
— Recht I (12 ff.) 37 ff., f. a. Gesetz.
— — Verhältniß deff. zum Gewohnheitsrechte I (16) 42 ff.
Geständniß I (165) 263.
Gesundheit, körperliche und geistige I (38) 81.
Gewagte Geschäfte III (673) 520 ff.
Gewährleistung wegen Eviktion III (610) 310 ff.
— wegen heimlicher Mängel III (609) 301 ff.
— — — — — beim Kauf eines genus III (609) 303.
Gewalt, f. vis, metus, Zwang.
Gewerbe I (39) 81.
Gewichte, römische I (68) 105.
Gewohnheiten, allgemeine deutsche I (4) 13.
Gewohnheitsrecht I (14 ff.) 39 ff.
— Begriff deff. (14) 40. 41.
— Beweis deff. I (17) 45.
— Erfordernisse deff. I (15) 41.
— Rechtsgrund deff. I (14) 40. 41.
— Wirkungen deff. I (16) 42 ff.
Gläubiger, absolut privilegirte III (593) 219.
— Klassifikation derf. im Konkurs III (593) 216 ff.
Glossatoren I (6) 14 ff.
Glosse I (6) 14 ff.
Glücksverträge III (673) 520 ff.
Grabmal, Verletzung deff. III (685) 594.
Grade der culpa I (106 ff.) 161 ff.
Gränzen, Ersitzung derf. I (317) 590.
Gränzscheidung III (658) 486 ff.
Gratiani decretum, f. decretum Grat.
Gratifikationstheorie III (697) 621 ff.
Gregorianus codex, f. codex Greg.

Gubernatio, ſ. Verwaltung des pecul. advent. reg.
Gültigkeit des römiſchen Rechts I (5. 6) 13 ff.
Güter aufgehobener juriſtiſcher Perſonen I (56) 90.
Güterrecht der Ehegatten I (214 ff.) 387 ff.

H.

Habitatio I (34) 79. (339) 697. (349) 749 ff.
Halten gefährlicher Thiere III (706) 634.
Handlungen I (80 ff.) 115 ff.
— proceſſualiſche I (158 ff.) 245 ff.
— unerlaubte I (103 ff.) 159 ff.
Handſchriften, ſ. Kritik.
Harmenopulus πρόχειρον νόμων I (2) 12.
Hauptſache I (72 ff.) 109 ff.
Hauskinder, Inteſtatſucceſſion in deren Vermögen II (409) 33 ff. (416) 58 ff.
— testamenti factio activa derſ. II (428) 73 ff.
Heirath des Vormunds mit ſeiner Mündel I (47) 89.
Heredes conjuncti II (496) 317 ff.
— sine parte u. sine partibus instituti II (496) 327.
Heredis institutio, ſ. Erbeinſetzung.
Hereditas, als universitas I (71) 106 ff.
— acquisita II (395) 7.
— adimi non potest II (460) 209.
— cum re u. sine re II (399) 19 ff.
— delata II (396 ff.) 7 ff.
— fideicommissaria II (556 ff.) 545 ff.
— jacens I (53) 92. II (394) 5.
— legitima II (396. 397) 7 ff.
— testamentaria II (396. 397) 7 ff.
— Verhältniß derſ. zur bonor. possessio II (399) 18 ff.
Hereditatis petitio II (398) 13 ff. (505 ff.) 342 ff.
— — ab intestato II (478) 262 ff.
— — Gegenanſprüche des Beklagten bei derſ. II (507) 349.
Hereditatis petitio partiaria II (505) 347.
— — possessoria II (509) 359 ff.
— — qualificata II (478) 262 ff.
— — Subjekte und Objekte derſ. II (506) 307 ff.
— — Wirkungen derſ. II (506) 307 ff.
— petitor und possessor, Verhältniß derſ. zu Dritten II (508) 349 ff.
— possessio II (398) 12, ſ. a. bonor. possessio.
— transmissiones II (491) 309 ff.
Heres ex asse s. ex XII unciis II (449) 149 ff.
— ex re certa institutus II (449) 149 ff.
Herkommen, Beweis deſſ. I (17) 44 ff.
Herkunft I (41) 82.
Hermeneutik, ſ. Interpretation.
Hermogenianus codex, ſ. codex Hermog.
Herrenloſe Sache I (67) 104.
Hochverräther, Kinder derſ. II (404) 25, ſ. a. perduelles.
Hoffnungskauf III (632) 425 ff.
Homines, qui in mancipio sunt I (34) 74.
Homo alieni juris I (34) 73. (42) 82.
— sui juris I (34) 73 ff. (42) 82.
Honorirte II (429) 76 ff.
— bei Vermächtniſſen II (522) 416 ff.
— — — Rechte derſ. II (531 ff.) 457 ff.
— — — Wegfall derſ. II (543) 517.
Huren I (47) 89. II (429) 79 ff.
Huterecht I (340) 716.
Hypotheca I (363) 797, ſ. a. Pfandrecht.
Hypothekariſche Succeſſion, mittelbare I (378) 855 ff.
— — unmittelbare I (377. 378) 852 ff.

I.

Jactus (lex Rhodia de jactu) III (649) 466.
— lapilli III (677) 543.
Jahr, ſ. Zeitabſchnitte.

Ignorantia facti alieni non nocet I (332) 644.
— juris et facti I (83) 116 ff.
Impensae I (74) 110, ſ. a. dos, rei vindicatio u. hereditatis petitio.
Impetratio dominii I (381) 862 ff.
Impossibilium non est obligatio III (591) 206 ff.
Impuberes, Klagen derſ. I (148) 229.
— Mangel der Teſtirfähigkeit derſ. II (428) 72.
Inaedificatio I (329) 632.
In bonis esse I (34) 72. (295) 540 ff.
Incapaces II (429) 77 ff.
Incendium, ruina III (684) 593.
Inceſt, ſ. Blutſchande.
Incestuosi II (413) 47. (428) 76. I (255) 472 ff.
Incola I (41) 82.
In conditione positus II (449) 148 ff.
Indebitum III (625) 390 ff.
Indignitätsfälle bei Erbſchaften und Legaten II (565) 577 ff.
Infamia facti I (50) 91.
— juris I (47) 85 ff.
— — Entſtehungsgründe derſ. I (47) 85 ff.
— heutige Anwendbarkeit derſ. I (52) 91 ff.
— immediata u. mediata I (47) 86 ff.
— Wirkungen derſ. I (48) 91.
Infans, ſ. animus possidendi.
Infantia I (37) 81.
Infantiae proximi I (37) 81.
Ingenuus I (34) 72 ff.
Ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris I (76) 111.
In integrum restitutio I (175 ff.) 296 ff.
— — — Begriff derſ. I (175) 296 ff.
— — — Beſchränkungen derſ. I (178) 301 ff.
— — — ex generali clausula I (188) 325 ff.
— — — propter capit. deminut. I (187) 323 ff.
— — — Verfahren bei derſ. I (181) 312.
In integrum restitutio, Vorausſetzungen derſ. I (176 ff.) 298 ff.
— — — — hinſichtlich des Gegenſtandes I (176) 298 ff.
— — — — hinſichtlich der Subjekte I (179) 306.
— — — — hinſichtlich der Zeit I (180) 307.
— — — wegen Abweſenheit I (188) 325 ff.
— — wegen Irrthums I (186) 322. 323.
— — — wegen Minderjährigkeit I (183) 313 ff.
— — — — — analoge Ausdehnung derſ. I (184) 317.
— — — — — Beſchränkungen derſ. I (183) 315 ff.
— — — wegen Zwangs und Betrugs I (185) 317 ff.
— — — Wirkungen derſ. I (182) 312.
In jure cessio servitutum I (350) 751 ff.
Injuria III (701) 630 ff.
Inkapazität II (429) 77 ff.
Innominat-Kontrakte III (599) 231 ff.
Inofficioſitäts-Syſtem II (485) 292.
Inſinuation der Schenkungen I (122) 179.
Inſolvenz III (592 ff.) 216 ff., ſ. a. actio Pauliana.
Institor III (661) 495 ff.
Institutio Gregoriani I (2) 8.
Inſtitutionen, Ausgabe derſ. I (2) 2.
— des Gajus I (2) 3.
— Gloſſe derſ. I (6) 14.
— Paraphraſe des Theophilus I (2) 10.
Inſtitutionsunfähigkeit II (429) 76 ff.
Insula nata I (328) 629 ff.
In tabulis patris et filii una Falcidia servatur II (535) 467 ff.
Intercapedo I (297) 547.
Interdicta I (141) 210 ff.
Interdicta duplicia I (336) 676. (141) 211.

Interdicta mixta I (141) 211.
— recuperandae et retinendae possessionis I (336) 673 ff.
— simplicia, ſ. interd. duplic.
— zum Schutz öffentlicher Plätze, Wege, Flüſſe u. dgl. III (674) 525 ff.
Interdictum de aqua I (355) 777 ff.
— — — ex castello III (674) 527.
— de arboribus caedendis I (297) 545.
— de cloacis I (355) 779 ff.
— — — publicis III (674) 527.
— de fonte I (355) 777 ff.
— de glande legenda I (297) 545.
— de itinere I (355) 778.
— de itinere actuque reficiendo I (355) 777. 778.
— de libero homine exhibendo III (702) 632. (707) 636.
— de loco publico fruendo III (674) 525. 526.
— de migrando III (643) 451 ff.
— demolitorium III (676) 533 ff. (677) 544 ff.
— de mortuo inferendo III (675) 527.
— de opere restituendo, ſ. interd. demolitorium.
— de precario III (691) 605 ff.
— — — Verjährung deſſ. I (147) 228.
— de rivis I (355) 777 ff.
— de sepulchro aedificando III (675) 527.
— de superficiebus I (362) 794.
— de tabulis exhibendis III (708) 643 ff.
— de vi u. de vi armata III (690) 600 ff.
— fraudatorium III (697) 620.
— ne quid in loco sacro, in loco publico etc. fiat III (674) 525 ff.
— ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est III (678) 562.
— prohibitorium ex operis novi nunt. III (676) 539.
— quem fundum I (332) 647.
Interdictum quod clam III (677) 541 ff.
— quod legatorum II (533) 461.
— quod vi I (145) 215. III (677) 541 ff.
— quorum bonorum II (398) 11 ff. (509) 358 ff.
— quotidianum III (690) 601 ff.
— Salvianum I (390) 891 ff.
— unde vi I (355) 779. III. (690) 600 ff.
— uti possidetis I (336) 672 ff. (355) 779 ff.
— utrubi I (336) 672 ff.
Intereſſe, als Gegenſtand der obligatio III (571) 34 ff.
— loci III (584) 174. I (139) 200.
Interpellation III (588) 183 ff.
Interpositio auctoritatis I (279) 513 ff.
Interpretation I (22 ff.) 46 ff.
— authentiſche u. Uſual-Interpr. I (22) 48. (26) 59.
— deklarative I (24) 51 ff.
— der Rechtsgeſchäfte, ſ. Rechtsgeſchäfte.
— doktrinelle I (23 ff.) 48 ff.
— extenſive I (24) 53 ff.
— grammatiſche I (24) 50 ff.
— im engeren Sinne I (24) 50.
— logiſche I (24) 51 ff.
— reſtriktive I (24) 53 ff.
— vermittelſt des argumentum a contrario I (24) 50.
Interrogationes in jure I (158) 245.
Interruptio usucapionis, ſ. Unterbrechung der Uſucapion.
— praescriptionis, ſ. Unterbrechung der Klagenverjährung.
Interusurium III (587) 175 ff.
Intervention III (577) 131 ff.
Interzeſſion, Begriff u. Arten derſ. III (577) 128 ff.
— Erforderniſſe derſ. III (577) 129 ff.
— der Frauenzimmer III (581) 146 ff.
Intestabiles, ſ. Teſtirunfähigkeit.
Inteſtaterbfolge II (405 ff.) 28 ff.
— der Arrogirten und Adoptirten II (412) 40 ff.

Inteſtaterbfolge der Aſcendenten nach Nov. 118. II (416) 53 ff.
— der Brautkinder II (413) 47.
— der Deſcendenten nach Nov. 118. II (415) 53 ff.
— der Ehegatten II (422) 69.
— der Eltern u. Geſchwiſter des adoptatus II (412) 45.
— der Enkel II (409) 33 ff.
— der Mütter II (408) 31 ff. (409) 34 ff.
— der Seitenverwandten II (409) 34 ff.
— — — nach Nov. 118 II (418) 62 ff.
— der unehelich Geborenen II (413) 45 ff.
— der zur Zeit des Todes des Teſtators noch nicht Konzipirten II (411) 39 ff.
— des parens manumissor II (423) 69.
— des socius liberalitatis imperialis II (425) 70.
— des Vaters II (415) 51 ff.
— des Verpflegers eines Wahnſinnigen II (424) 70.
— gewiſſer Korporationen II (426) 70.
— halbbürtiger Geſchwiſter und Neffen nach Nov. 118 II (417) 60 ff.
— in das peculium adventitium vor Nov. 118 II (409) 35 ff. nach Nov. 118 (416) 58 ff.
— in das peculium castrense II (409) 36 ff.
— in das Vermögen eines emancipatus II (409) 37.
— nach altem Zivilrecht II (408) 31 ff.
— nach ſpätern kaiſerl. Verordnungen II (409 ff.) 33 ff.
— nach Nov. 118 II (411 ff.) 39 ff.
— Ordnung derſ. II (414 ff.) 48 ff.
— vollbürtiger Geſchwiſter u. Neffen II (416) 53 ff.
Invecta u. illata I (376) 849 ff.
Inventarii beneficium II (502) 341.
Ipso jure I (126) 182 ff. III (618) 380 ff. (621) 395 ff.
Irrige Bezeichnung, ſ. falsa demonstratio.
Irrthum, ſ. error.
Iter I (341) 717 ff.
— ad sepulchrum I (297) 546.
Iteratio I (34) 73.
Juden I (40) 81.
Judex, qui litem suam facit III (699) 629.
Judikat, ſ. res judicata.
Judicia, ſ. a. actiones u. condictiones.
— bonae fidei III (618) 352 ff.
— divisoria III (658) 486 ff.
— duplicia I (336) 676. (141) 211. III (658) 490.
— familiae herciscundae II (514) 374 ff.
— finium regundorum III (658) 487 ff.
— stricti juris III (618) 352 ff.
Judicium Curianum II (451) 172 ff.
Jura ad rem I (113) 170.
— in re aliena I (295) 540. (338 ff.) 685 ff.
— — — — legirte II (554) 533 ff.
— in rem u. in personam I (113) 170.
Juramentum in litem I (139) 199. (333) 655 (171) 266 ff.
— — — affectionis und veritatis I (171) 268.
— promissorium I (170) 264 ff.
— Zenonianum I (171) 269. III (690) 605.
Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur I (25) 57.
— singularia I (24) 52. 55. (25) 55 ff.
Jurgium de finibus III (658) 488.
Juris possessores II (509) 363.
— quasi possessio I (210) 382.
Juris quidam ignorantia cuique nocet, facti vero ignorantia non nocet I (83) 120 ff.
Juriſtenrecht I (18) 45.
Juriſtiſche Perſonen I (53 ff.) 92 ff.
— Handlungsfähigkeit derſ. I (55) 96 ff.
— Succeſſionsunfähigkeit derſ. II (429) 83 ff.
— Vermögen der aufgehobenen I (56) 98.

Jus I (42) 82. 83.
— abstinendi II (497) 330 ff.
— accrescendi, Grundſätze deſſ. II (494) 313 ff. (420) 64.
— — bei der Inteſtaterbfolge II (495) 317.
— — bei der querela inoff. testam. II (480) 271 ff.
— — beim legatum ususfructus II (554) 535 ff.
— — bei Kollegatarien II (547) 518 ff.
— — bei der teſtamentar. Erbfolge II (496) 317 ff.
— altius tollendi I (342) 728 ff.
— Antejustinianam I (2) 3 ff.
— civile I (11) 37.
— cogens u. dispositivum I (20) 46.
— commune I (19) 46.
— controversum, Schriften über daſſ. I (10[b]) 33 ff.
— deliberandi II (499) 339.
— distrahendi I (379 ff.) 856 ff.
— dominii impetrandi I (381) 862 ff.
— generale u. speciale I (19) 46.
— gentium I (11) 37.
— Graeco-Romanum I (2) 9. 10.
Jusjurandum, ſ. juramentum.
Jus naturale I (11) 37.
— non scriptum I (14 ff.) 40 ff.
— offerendi I (377) 852 ff.
— particulare u. universale I (19) 46.
— poenitendi III (599) 240 ff.
— quaesitum I (26) 61.
— repraesentationis II (414) 48 ff.
— scriptum I (12 ff.) 37 ff.
— singulare I (19) 46 (24) 52.
— spolii II (432) 97.
— universale u. particulare I (19) 46.
Justa causa bei der in integr. rest. I (177) 299.
— — bei der Erſitzung der Servituten I (351) 760 ff.
— — traditionis I (96) 151 (311) 568 ff.
— — usucapionis I (319 ff.) 593 ff.
Juſtinianiſche Geſetzgebung und Rechtsbücher I (2) 1.
— Ausgaben derſ. I (2) 1 ff.
— nicht gloſſirte Stücke derſ. I (6) 14 ff.

K. ſ. a. **C.**

Kalender, römiſcher I (197) 342 ff.
Kanoniſches Recht I (3) 12, ſ. a. Verhältniß der Beſtandtheile.
Kapacität II (429) 77 ff.
Kapital, ſ. Zinſen.
Kaptatoriſche Dispoſitionen II (434) 114.
Kaſtrat, ſ. adoptio.
Kauf III (632 ff.) 424 ff.
— ad gustum III (635) 434.
— auf Beſicht oder Probe III (635) 434.
— Begriff und Erforderniſſe III (632) 424 ff.
— bricht Miethe III (643) 453 ff.
— in Bauſch und Bogen III (635) 430 ff.
— nach Maß, Zahl oder Gewicht III (635) 432 ff.
— nach Probe III (635) 438.
— Nebenverträge bei demſ. III (637) 444.
Käufer, Verbindlichkeiten deſſ. III (634) 429.
Kaufpreis III (632) 426 ff., ſ. a. geſetzliche Zinſen.
Kaution, ſ. cautio.
Kenntniß des Rechts I (12) 39. (17) 45, ſ. a. ignorantia juris.
Ketzer II (404) 25 (428) 75.
Kirchen I (148) 229, ſ. a. juriſt. Perſonen.
— Erbeinſetzung derſ. II (429) 84.
Klagen, ſ. a. actiones, judicia u. condictiones.
— Anſtellung derſ. I (144) 212.
— Aufhebung derſ. I (145 ff.) 213 ff.
— Begriff derſ. I (135) 192.
— Begründung derſ. I (160) 250 ff.
— Konkurrenz derſ. I (153) 240.

Klagen, Konsumtion derſ. I (160) 247 ff.
— Nativität derſ. I (147) 220 ff.
— ſubſidiäre I (153) 240.
— Uebergang derſelben auf die Erben I (145) 213 ff.
— Verjährung I (146 ff.) 219 ff.
— — Begriff derſ. I (146) 219.
— — bona fides bei derſ. I (149) 231.
— — Unterbrechung derſ. I (150) 231 ff.
— — Vorausſetzungen derſ. I (147 ff.) 219 ff.
— — Wirkungen derſ. I (151) 232 ff.
— — Zeit derſ. I (148) 229 ff.
Klaſſen der Inteſtaterben II (415 ff.) 50 ff.
Klaſſifikation der Gläubiger im Konkurs III (593) 216 ff.
Kodex, ſ. codex.
Kodizillarklauſel II (527) 445 ff. (539) 500 (479) 270.
Kodizille II (526 ff.) 439 ff.
Kognaten I (43) 83.
Kollation, ſ. collatio bonorum.
Kolliſion der Rechte, ſ. Rechte.
— der Statuten I (27) 62.
— mehrerer Obligationen III (592 ff.) 216 ff.
Kommixtion I (331) 639.
Kommorienten I (33) 70.
Kompenſation, Begriff u. Weſen derſ. III (618) 347 ff.
— Geltendmachung derſ. III (618) 363 ff.
— Liquidität der Gegenforderung III (618) 363 ff.
— Wirkungen derſ. III (573) 87. 88 (618) 357 ff.
Konfuſion I (331) 639 (392) 899. III (573) 93 ff. (620) 379 ff.
Konkubinen-Kinder, Erbrecht derſ. II (413) 45 ff. (429) 81 (474) 249, ſ. a. legitimatio.
Konkurrenz bei der Inteſtaterbfolge der erſten Klaſſe II (415) 50 ff.
— — — — der zweiten Klaſſe II (416) 53 ff.
Konkurrenz der Klagen, Rechte, ſ. Klagen, Rechte.
Konkurs der Gläubiger III (593) 216 ff.
— der Pfandgläubiger I (385 ff.) 871 ff.
Konſenſualkontrakte, zweiſeitige III (607) 283 ff.
Konſenſualverträge III (632 ff.) 423 ff.
Konſumtion der Früchte I (326) 624 ff.
Konvaleszenz I (101) 158.
— der Schenkungen unter Ehegatten I (225) 419 ff.
— des Pfandrechts I (372) 833 ff.
Konventionalſtrafe III (614) 337 ff.
Konverſion der Rechtsgeſchäfte I (101) 158.
Korn der Münzen I (68) 104.
Korporationen, ſ. juriſtiſche Perſonen.
Korpus juris, ſ. corp. jur.
Korrealobligationen III (573) 59 ff.
Korrektoriſche Geſetze I (24) 52. 55 (25) 56.
Kribarius III (593) 216 ff.
— Infamie deſſ. I (47) 90.
Kriminalklage, Fallenlaſſen derſ. I (47) 90.
Kritik I (23) 48 ff.
Kritiſche Zeitſchriften I (10c) 34.
Kulpa, ſ. culpa.
Kultur der Ländereien I (313) 576. 577.
Kuratel, ſ. cura.

L.

Laesio bei der Reſtitution I (176) 298.
— enormis s. ultra dimidium III (611) 326 ff.
Latini I (34) 74.
— Juniani II (429) 79. I (34) 72 ff.
Laudatio auctoris I (332) 646.
Laudum III (670) 517.
Lebensdauer I (33) 67 ff.
Lebensfähigkeit I (32) 66 ff.
Legatarius, Rechtsmittel deſſ. II (531 ff.) 457 ff. (539 ff.) 499 ff.

Legatarii semper partes habent II (547) 520 ff.
Legatum, ſ. a. Vermächtniſſe.
— ad tempus II (434) 104 ff.
— debiti II (555) 542 ff.
— generis II (549) 525 ff.
— liberationis II (555) 542 ff.
— militiae II (525) 434. 435.
— optionis s. electionis II (549) 527 ff.
— per damnationem II (549) 525.
— per vindicationem II (549) 525.
— poenae nomine relictum II (432) 95 (434) 115 ff.
— reditus II (551) 530.
— rei alienae II (525) 433 ff.
— speciei II (548) 523. 524.
— universitatis II (553) 532.
— usus II (554) 541.
— ususfructus II (554) 535 ff.
Lege non distinguente, nec nostrum est distinguere I (76) 111.
Leges cogentes und dispositivae I (20) 46.
— imperfectae, minus quam perfectae u. perfectae I (21) 46.
— permissivae und prohibitivae I (20) 46.
— restitutae I (6) 14, ſ. a. Geſetze.
Legitima portio, ſ. Pflichttheil.
Legitimae usurae, ſ. geſetzliche Zinſen.
Legitimatio I (254 ff.) 472 ff.
— per rescriptum principis I (256) 475.
— per subsequens matrimonium I (255) 472 ff.
— per testamentum I (256) 475 ff.
Leihkontrakt III (629) 412 ff.
Leiſtung III (568) 16.
— an einen Dritten III (608) 287 ff.
— der Aeſtimation III (571) 38 ff.
— eines Dritten III (608) 296 ff.
Lenocinium I (47) 88.
Letztwillige Verfügungen II (427 ff.) 71 ff.
— — ad pias causas II (428) 74 (432) 97.
Letztwillige Verfügungen, Ausführung derſ. II (439 ff.) 135 ff.
— — Auslegung derſ. II (442) 136.
— — Beweis derſ. II (440) 136.
— — materielle Erforderniſſe derſ. II (430 ff.) 86 ff.
— — Nebenbeſtimmungen derſelben II (434 ff.) 104 ff.
— — Selbſtſtändigkeit derſ. II (432) 93 ff.
— — Vollſtändigkeit derſ. II (433) 98 ff.
Leugnen des Beſitzes, ſ. possessio ficta.
Levis nota I (51) 91.
Lex Anastasiana III (576) 122 ff.
— — Beweislaſt bei derſ. III (576) 125 ff.
— Aquilia III (681) 576 ff.
— — Einfluß eines Obligationsverhältniſſes auf dieſ. III (681) 588 ff.
— — Erweiterung derſ. durch die Doktrin III (681) 580 ff.
— — Inhalt derſ. III (681) 578 ff.
— — Wirkung derſ. bei Verwundung durch Mehrere III (681) 585 ff.
— Atilia I (268) 499.
— Atinia I (317) 588 ff.
— Cincia I (122) 178 (225) 422.
— commissoria I (311) 569.
— — Verbot derſ. I (383) 866 ff.
— Cornelia de falsis II (433) 103.
— Cornelia de injuriis III (701) 631.
— Dei I (2) 6.
— Falcidia II (534 ff.) 462 ff., ſ. a. Quarta Falcidia.
— Furia II (562) 564.
— — de sponsu III (573) 78.
— Gallus II (468) 220 ff.
— Glicia II (467) 218.
— Julia de fundo dotali I (217) 396. 397.
— — de vi I (133) 188.
— Julia et Papia Poppaea II (429) 77 ff. (496) 317 ff.
— — et Plautia de vi I (317) 590.
— — et Titia I (268) 499.

Lex Julia Miscella I (227) 426 (375) 848.
— — repetundarum I (317) 590.
— Junia Norbona II (429) 79.
— Junia Velleja II (468) 227 ff.
— Mamilia III (658) 488.
— Plaetoria I (37) 81 (291) 528.
— Plautia I (317) 590.
— Rhodia de jactu III (649) 466.
— Romana Burgundionum I (2) 9.
— Scribonia I (351) 761.
— Silia I (139) 206.
— Thoria III (690) 602.
— 13 finium regundorum I (297) 547.
— Voconia II (429) 86 (562) 564.
Liberalität I (121) 174.
Liberatio legata II (555) 542 ff.
Liberi naturales, ſ. Konkubinenkinder.
Libertinus I (34) 74 ff.
Lichtgerechtigkeiten I (342) 721 ff.
Licitatio animosa I (365) 805.
Liebloſen III (593) 219.
Liquidität der Gegenforderung bei der Kompenſation III (618) 363 ff.
Lite contestata usurae currunt I (160) 253. 254.
Literatur des Civil-Rechts I (8 ff.) 18 ff.
Litigioſität, ſ. res litigiosae u. actiones litigiosae.
Litis aestimatio I (333) 648. 655.
Litis contestatio I (159 ff.) 246 ff.
— — Wirkungen derſ. I (160) 247 ff. (245) 217 (152) 238. III (573) 91 ff.
Litisdenuntiation III (610) 310 ff.
Litiskreſcenz III (681) 579 (625) 393 (589) 203.
Liti sese obtulit (qui) I (332) 647.
Litispendenz, Verjährung derſ. I (152) 237 ff.
Locatio conductio III (632) 428 (640 ff.) 446 ff.
— — Beendigung derſ. III (643) 451 ff.
— — irregularis III (646) 461.
— — operarum, operis III (645) 460.
— — rerum III (640 ff.) 446 ff.
Locatio conductio rerum, Begriff u. Erforderniſſe derſ. III (640) 446.
Lokation der Gläubiger III (593) 216 ff.
Longi temporis possessio I (315) 579 ff.
— — quasi possessio I (351) 760 ff.
Loskauf vom furtum, rapina etc. I (47) 88.
Lucra nuptialia I (227) 424 ff. II (409) 35.
Lucrum cessans III (571) 41 ff. I (83) 124.
Luftzug zur area I (297) 546.
Luitionsrecht I (381) 863.
Lumina, ſ. Lichtgerechtigkeiten.

M.

Maaße, röm. I (68) 105.
Magister navis III (661) 495. 499.
Mahnung, ſ. Interpellation.
Mala fides superveniens I (321) 604 ff. (323) 611.
Malae fidei possessor I (326) 623 ff. (332) 649 ff., ſ. a. hereditatis petitio.
Malerei, ſ. pictura.
Mancipium I (42) 83.
Mandans, Verbindlichkeiten deſſ. III (660) 495.
Mandans u. Mandatarius, Verhältniß derſ. zu dritten III (661) 495 ff.
Mandatarius, Verbindlichkeiten deſſ. III (660) 495.
Mandate I (13) 39.
Mandatum, Begriff u. Erforderniſſe deſſ. III (659) 492 ff.
— agendi bei der Zeſſion III (574) 101 ff.
— Beendigung deſſ. III (662) 500.
— qualificatum III (580) 145.
— tua gratia III (659) 493 ff.
Mängel, Gewährleiſtung wegen derſ. III (609) 301 ff.
Manuale legum dictum Hexabiblus I (2) 12.

Manufideles II (432) 98 ff.
Manus I (42) 83.
Maſſegläubiger III (593) 220.
Menſch, ſ. Perſonen.
Mensis intercalaris s. Mercedonius I (197) 343 ff.
Merces III (641) 448.
Merum jus poenitendi, ſ. jus poenitendi.
Merx III (632) 424.
Metall, ſ. Nachgraben nach Metall.
Metus, ſ. a. Zwang.
— causam dans III (605) 273 ff.
Miethe, ſ. locatio conductio.
Miether, Verbindlichkeiten deſſ. III (642) 451.
Miles ignominiae causa missus I (47) 88.
Minderjährige, Klagen derſ. I (148) 229.
— Verpflichtung derſ. I (291) 529 ff.
Minderjährigkeit, Reſtitution wegen derſ., ſ. in integr. restit., ſ. a. minor aetas.
Mineralien I (297) 546.
Minima non curat praetor I (176) 299.
Minor aetas I (37) 81 (183) 313 ff.
Minores, ſ. Minderjährige.
Minuta existimatio I (46) 84.
Missio Antoniniana II (532) 460.
— ex primo decreto III (678) 558 ff.
— ex secundo decreto III (678) 558 ff.
Missiones in possessionem I (192 ff.) 330 ff.
— in bona u. in rem II (532) 459 ff.
Missio in possessionem Antoniniana, ſ. missio Antoniniana.
— — — ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani toll. II (510) 364 ff.
— — — furiosi nomine II (511) 367.
— — — legatorum servandor. causa II (532) 459 ff.
— — — ventris nomine II (511a) 368. 369.
Mitbeſitz I (200) 360.
Miteigenthum I (304) 561.
Miterben II (513 ff.) 374 ff.
Mittheilung der Klage I (152) 238.
Mitvormünder I (281 ff.) 520 ff.
Modus I (98) 156.
— acquirendi I (305) 531.
— bei letztwilligen Verfügungen II (438) 135.
Monat, ſ. Zeitabſchnitte.
Monstrum I (32) 67.
Mora III (588) 182 ff.
— accipiendi des Pfandgläubigers I (379) 859.
— durch litis contestatio I (160) 253.
— objektive u. ſubjektive III (588) 184.
Moral I (30) 63.
Moraliſche Perſonen I (53 ff.) 92 ff.
Moratorium III (586) 175.
Mortis causa donatio, ſ. donatio.
Mulcta poenitentialis III (614) 337 ff.
Muliebria passi I (47) 88.
Municipium II (429) 83.
Münzfuß I (68) 104.
Münzfuße, römiſche I (68) 105.
Münzſorte III (570) 32 ff.
Münzveränderung, Einfluß derſ. III (570) 28 ff.
Münzwerth III (570) 30 ff.
Mutuum III (623) 384 ff., ſ. a. Darlehns-Vertrag.
Mutuus dissensus III (621) 381 ff.

N.

Nachgraben nach Metall I (297) 546.
Nachlaß, erzwungener III (583) 171 ff.
Nachlaßvertrag, Einfluß auf Korreal-Obligationen III (573) 94 ff.
— ſtillſchweigender III (621) 383.
Nachtheile der zweiten Ehe I (227) 424 ff.
Narbengelder, ſ. Schmerzensgeld.
Nativität der Klage, ſ. actioni nondum natae etc.
Naturalia negotii I (90) 130.
Naturalis obligatio des Pupillen I (279) 514 ff.
Natürliche Perſon, ſ. Perſonen.

Naturrecht I (30) 63.
Nautae III (648) 463 ff.
Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften I (93 ff.) 131 ff.
Nebenſache, ſ. Hauptſache.
Neffen, ſ. Inteſtaterbfolge.
Negatives Vertragsintereſſe I (109) 166.
Negatoria in rem actio I (342) 730 (353) 766 ff.
— — — — Publiciana I (354) 776.
Negotia necessaria, utilia, voluptaria III (664) 506. 507.
Negotium bonae fidei I (139) 198 ff.
— claudicans I (279) 518.
— futurum I (26) 61 ff.
— nullum I (100) 157.
— pendens I (26) 61 ff.
— praeteritum I (26) 61 ff.
— stricti juris I (139) 198 ff.
Negotiorum gestio, Begriff u. Erforderniſſe derſ. III (664) 502 ff.
— Verhältniß des dominus u. gestor zu Dritten III (666) 511.
— — — des dominus u. gestor zu einander III (666) 511.
Neidbau I (297) 544.
Nemini res propria servit I (338) 693.
Nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest I (204) 375.
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest II (397) 9 ff.
Nexum III (578) 230. 231.
Nichtgebrauch der Privilegien I (116) 172.
— der Servituten I (357) 784 ff.
Nichtigkeit der Rechtsgeſchäfte I (100) 157.
Nichtigkeitsklage des neuen Rechts II (486) 299 ff.
Nichtſchuld III (625) 390 ff., ſ. a. condictio indebiti.
Niederlegung der Vormundſchaft I (271) 508.
Nießbrauch, ſ. ususfructus.
Nomen appellativum u. proprium II (433) 99.
Nomen legatum II (555) 542 ff.
Nominatio auctoris I (332) 646.
Nominatores I (286) 524.
Non usus, ſ. Nichtgebrauch.
Nota, ſ. infamia u. levis nota.
Notatur, qui fecerit u. qui damnatus fuerit I (47) 80. 88.
Notherbenrecht II (467 ff.) 215 ff.
— berechtigte Subjekte deſſ. II (468) 220 ff.
— nach Nov. 115 II (484) 284 ff.
— — — — Formen der Einſetzung II (484) 284.
— — — Formen der Ausſchließung II (484) 289 ff.
— — — Subjekte u. Inhalt deſſ. II (484) 284 ff.
— — — Verhältniß deſſ. zum frühern Recht II (486) 295 ff.
Nothweg I (297) 546.
Nothwehr, ſ. Selbſthülfe.
Nova clausula Juliani de conjungendis cum emancipato lib. ejus II (472) 239 ff.
Novatio III (573) 88 ff. (619) 366 ff.
— bei Korrealobligationen III (573) 88 ff.
— cumulativa I (160) 248.
— Einfluß derſ. auf die mora debitoris III (619) 372 ff.
— necessaria u. voluntaria I (160) 247.
— tacita III (619) 367.
Novellen, Ausgaben derſ. I (2) 2. 3.
— Auszug von Athanasius I (2) 10.
— — von Theodorus I (2) 10.
— nicht gloſſirte Stücke derſ. I (6) 16.
— von Theodos II, Valentinian etc. I (2) 7. 8.
Nov. 115 II (484 ff.) 284 ff.
— Rechtsmittel aus derſelben II (485) 290 ff., ſ. a. Notherbenrecht.
Nov. 118 II (411 ff.) 39 ff., ſ. a. Inteſtaterbfolge.
Noxae datio III (689) 598 ff.
Nuda proprietas I (295) 540.

Nudum jus Quiritium I (295) 540 ff.
Nullität der Teſtamente II (457) 194 ff., ſ. a. Nichtigkeit.
Nullitätsſyſtem II (485) 292 ff. III (605) 273 ff.
Nuntiatio, ſ. operis n. nunt.
Nuntius III (608) 290 ff.
Nutzungsrechte I (295) 540 ff.

O.

Obervormundſchaft I (262) 486.
Obligatio III (566 ff.) 4 ff.
— alternativa III (567) 13 (569) 17 ff.
— — Erlöſchen derſ. durch Untergang des Objekts III (569) 20 ff.
— auf ein genus III (567) 14.
— auf ein non facere III (567) 11 ff.
— Aufhebung derſ. III (616 ff.) 346 ff.
— aus Delikten III (674 ff.) 525 ff.
— — — Andrer III (648) 463 (704) 633.
— Begriff derſ. III (566) 4.
— bonae fidei u. stricti jur., ſ. actio u. judicium b. fid. u. str. jur.
— certa u. incerta III (567) 15 (571) 48 ff.
— civilis und naturalis (Verpfändung derſ.) I (364) 800 III (567) 6 (des debitor absolutus) I (173) 270 ff. (279) 514 ff.
— correalis III (573) 59 ff.
— — Entſtehungsgründe u. Erlöſchungsgründe derſ. III (573) 66 ff. 87 ff.
— Entſtehungsgründe derſ. III (595 ff.) 229 ff.
— Entſtehung durch Vertrag III (596 ff.) 230 ff.
— — zu Folge unmittelbarer geſetzlicher Beſtimmung III (707 ff.) 635 ff.
— ex die III (588) 189.
— faciendi III (583) 171 (567) 9 ff.
— Gegenſtände derſ. III (568 ff.) 16 ff.
— Hauptarten III (567) 5 ff.
— individua III (573) 69 ff. (567) 7 ff.
Obligatio, Kolliſion mehrerer Obligationen III (592) 216 ff.
— literarum I (139) 201.
— naturalis, ſ. obl. civil.
— pro rata, ſ. obl. correal.
— rei I (363) 797.
— sine die III (588) 190.
— ſolidariſche III (573) 64 ff.
— Subjekte derſ. III (573) 59 ff.
— theilbare, ſ. obl. individua.
— verborum I (139) 201.
— Wirkungen derſ. III (582 ff.) 164 ff.
Occupatio I (308) 562.
Oeffentliches Teſtament, ſ. testam. public.
Omnia judicia esse absolutoria I (160) 251.
Omnis causa I (139) 198 ff. 204.
Onerirter bei Vermächtniſſen II (521) 402 ff.
— Rechte deſſ. II (533 ff.) 460 ff.
— Wegfall deſſ. II (542) 517.
Ope exceptionis III (618) 357 ff. (621) 382 ff. I (126) 182 ff.
Operae servorum et animalium I (339) 697.
Operis novi nuntiatio III (676) 527 ff.
— Erforderniſſe derſ. III (676) 528 ff.
— Erlöſchung derſ. III (676) 537 ff.
— Verhältniß derſ. zur prohibitio III (677) 541 ff.
— Wirkung derſ. III (676) 533 ff.
Optio legata II (549) 527 ff.
Oralfideicommiß II (528) 452 ff.
Oratio D. Severi de praediis rust. et suburb. non alienandis I (277) 511.
Orbus II (429) 79.
Ordo succedendi, ſ. Succeſſionsordnung.
Ornamenta II (609) 308 ff.
Ort der Erfüllung III (584) 174.
Ortsintereſſe I (139) 200. III (571) 44 ff.
Osculum interveniens I (212) 387.

P.

Pacht, ſ. locatio conductio.
Pacta adjecta I (139) 198.
— dotalia I (224) 417. 418.
— nuda III (599) 241 (621) 382.
— pignorum I (383) 988.
Pactiones et stipulationes I (350) 751 ff.
Pactum, de jure jurando extrajudiciali III (671) 518.
— de non alienanda re I (299) 550 ff.
— de non petendo III (573) 93 ff. (621) 382 ff. (575) 116.
— de non praestanda evictione III (610) 322 ff.
— de postponendo III (577) 129.
— de retroemendo et retrovendendo, Verjährung deſſ. I (147) 228.
— displicentiae III (637) 444.
— hereditarium II (396) 7 ff.
— legis commissoriae I (384) 867 ff.
— reservati dominii I (311) 568 ff.
— spei u. rei speratae III (632) 425.
Pandekten, Ausgaben derſ. I (2) 2. 3.
— nicht gloſſirte Stücke derſ. I (6) 14.
— Recht, Begriff deſſ. I (1) 1.
— — Quellen deſſ. I (2) 1 ff.
Papian I (2) 9.
Papiniani responsa I (2) 8.
Paraphernen I (223) 417.
Parens, Erwerb deſſ. durch die Kinder I (238) 444.
— manumissor I (267) 498. II (489) 308 (409) 37.
— Verpflichtung deſſ. durch die Kinder I (240 ff.) 445 ff.
Partes solo concursu fiunt II (494) 313.
Partitio legata II (556) 546.
Partus ancillae I (330) 637 (326) 626 ff.
Pasquillanten II (428) 89 (429) 75. 76.
Pater est, quem justae nuptiae demonstrant I (260) 483.
Paterfamilias I (42) 82, ſ. a. parens.
Pater solitarius II (429) 79.
Pathengeſchenke, ſ. pecunia lustrica.
Patria potestas, ſ. väterliche Gewalt.
Pauli recep. sententt., ſ. recept. sententt.
Pauperies III (689) 595 ff.
Peculium I (71) 106 ff., ſ. a. Pekulium.
— adventitium regulare u. irregulare I (326. 237) 436 ff. 442 ff.
— — Unverjährbarkeit deſſ. I (317) 585.
— — Verluſt des väterlichen Nießbrauchs daran I (236) 440 ff.
— castrense vel quasi I (234. 235) 433 ff. II (428) 73. 74.
— profectitium I (233) 432.
Pecunia credita III (623) 385 ff.
— lustrica I (236) 438.
— trajectitia III (623) 389.
Pekulien der Hauskinder I (232) 432 ff.
— — — Monographie darüber I (2) 12.
— — — Succeſſion in dieſ. II (409) 35 ff.
Perceptio fructuum I (312) 576.
Perduelles, Söhne derſ. I (34) 90 II (404) 25.
Periculum III (591) 205 ff. (588) 198 ff.
— bei der dos I (217) 394 ff.
— bei der locatio conductio operarum u. rerum III (591) 214.
— beim Kauf III (635) 430 ff.
— bei Obligationen III (591) 205 ff.
— bei bedingten Obligatt. III (591) 213 ff.
— bei einſeitigen u. zweiſeitigen Obligatt. III (591) 207 ff.
— deteriorationis III (591) 205.
— im Falle der mora III (588) 198 ff.
— interitus III (591) 205.
Permutatio III (638) 444.
Perpetuatio obligationis III (588) 198 ff.
Persecutiones I (139) 201.
Perſonalſervituten, ſ. servitus personalis.
Perſönliche Rechte, ſ. Rechte.

Personae conjunctae II (472) 241.
— incertae II (429) 80 ff.
Personen, physische I (31 ff.) 64 ff. (33) 67 ff.
— juristische I (53 ff.) 92 ff.
— — Einsetzung derf. II (429) 83 ff.
Pertinenzen I (73) 109.
Petitio tutoris et curatoris I (269) 501.
Petitor und possessor hereditatis, f. hereditatis petit.
Pfandgläubiger, privilegirte I (386) 874.
— Rechte derf. I (382) 864 ff.
— Retentionsrecht derf. I (382) 864 ff.
— Verhältniß derf. unter einander I (385) 871 ff. (388) 885 ff.
Pfandklagen I (389 ff.) 886 ff. (391) 898.
Pfandkontrakt III (631) 425.
Pfandprivilegien I (386) 874 ff.
— Konkurrenz derf. I (386) 880 ff.
— Priorität der Zeit dabei I (387) 882 ff.
Pfandrecht I (363 ff.) 797 ff., f. a. pignus u. hypotheca.
— accessorische Natur deff. I (364) 799.
— am ganzen Vermögen I (369) 816 ff.
— an dinglichen Rechten I (367) 805 ff.
— an Forderungen I (368) 812 ff.
— an Pfändern I (368) 811. 814 ff.
— an universitates rerum I (369) 816 ff.
— Begriff u. Arten deff. I (363) 797 ff.
— Erlöschung deff. I (392) 898 ff. (324) 613.
— Erwerb deff. I (371 ff.) 829 ff.
— Gegenstände deff. I (366) 805 ff.
— Geschichte deff. I (363) 797.
— in Betreff der Früchte I (370) 823 ff.
— in Rücksicht auf eine obligat. naturalis I (364) 800 ff.
— — — — zukünftige Forderung I (372) 837 ff.
— privilegirtes der Ehefrau I (386) 878. 881.
— — des Fiscus I (386) 876 ff. 881.
— — der Kinder I (386) 878. 879.
Pfandrecht, privilegirtes, propter creditum in rem versum I (386) 880.
— testamentarisches, f. pignus testamentar.
— Umfang deff. I (370) 822 ff.
— Untheilbarkeit deff. I (365) 802 ff.
Pfandschuldner, Rechte derf. I (384) 869 ff.
Pfandseparatisten I (385) 873 ff.
Pfandvertrag III (631) 425.
Pflicht des Erben zur Erfüllung der Dispositt. des Erblassers II (504) 341.
Pflichttheil II (467) 215 (474 ff.) 249 ff.
— Art und Weise der Hinterlassung II (476) 261 ff.
— berechtigte Subjekte deff. II (474) 249 ff.
— der armen unbotirten Witwe II (488) 303 ff.
— des parens manumissor II (489) 308.
— Größe und Berechnung deff. II (475) 255 ff.
— Rechtsmittel wegen deff. II (477 ff.) 262 ff.
— wie zu hinterlassen II (476) 261 ff.
Pia corpora I (60) 99 (53) 92.
Pictura I (330) 637.
Pignus I (363) 797.
— conventionale I (372) 829 ff.
— generale I (369) 816 ff.
— in causa judicati captum I (373) 840.
— judiciale I (373) 839 ff.
— — Verkauf deff. I (379) 856 ff.
— legale I (374 ff.) 841 ff.
— — generale I (375) 841 ff.
— — speciale I (376) 849 ff.
— nominis I (368) 812 ff. (391) 898.
— praetorium I (373) 840 (388) 885.
— publicum I (387) 882 ff.
— tacitum, f. p. legale.
— testamentarium I (373) 839.
Plantatio I (329) 632.
Poena commissa III (614) 337 ff.
— compromissa, f. compromissum.

Poena privata, ſ. Privatſtrafe.
Poenae nomine relictum II (432) 95 (434) 115 ff.
— secundarum nuptiarum I (227) 424 ff.
Pönalklagen I (142) 212 (145) 213 ff.
— Konkurrenz derſ. III (572) 51 ff.
Pönalvertrag III (614) 338 ff.
Pollicitatio III (615) 344.
Popularklagen I (145) 213. 215. III (574) 107.
Portio portioni accrescit II (494) 314 (451) 174 ff.
Portio semper cum onere accrescit II (496) 329.
Positum u. suspensum III (705) 633.
Positus in conditione II (449) 148 ff.
Possessio, ſ. a. Beſitz.
— civilis u. naturalis I (199) 348 ff.
— derivata I (200) 353 ff.
— ficta I (332) 647 ff. (160) 259.
— juris I (200) 356.
— pro herede u. pro possessore II (505) 342 ff.
— vitiosa, ſ. interdictum uti possid.
Poſſeſſoriſche Interdikte, ſ. interdicta possessor.
— — bei Servituten I (355) 776 ff.
Possessorium ordinarium, ſ. summariissimum.
Poſtanſtalten, ſ. receptum nautae.
Postulatores tutorum I (286) 524.
Postumi II (468 ff.) 226 ff. (429) 82 ff.
— alieni II (429) 83 ff.
— Aquiliani II (468) 226.
— legitimi II (468) 226.
— Salviani s. Juliani II (468) 227.
— sui II (468) 226 ff. (429) 83 ff.
— Vellejani primi und secundi II (468) 227.
Potentior, Zeſſion an denſ. III (574) 109 ff.
Potestas I (42) 82.
Poteſtativ-Bedingung II (435) 119 ff.
Potioris nominatio I (27) 508.
Practica ex act. Eustathii I (2) 11.
Praeceptio, ſ. Prälegat.
Praedia rustica u. urbana I (376) 849.
— vicina I (340) 709.
Praedium dominans und serviens I (339) 700.
Praedo II (505) 344.
Präjudicialklagen, ſ. actt. praej.
Präjudicien, ſ. Gerichtsgebrauch.
Prälegat II (523) 418 ff.
Praelegatum dotis II (472) 241.
Praemium emancipationis I (236) 440.
Praescriptio I (129 ff.) 185 ff., ſ. a. Verjährung.
— dormiens I (323) 612.
— immemorialis I (130) 185.
— longi temporis I (315 ff.) 579 (324) 613.
— — — Unterbrechung derſ. I (160) 249.
— longissimi temporis I (325) 613 ff.
— temporis I (151) 232 ff., ſ. a. Verjährung.
Praerogativa longae possessionis I (351) 761 ff.
Präſtation der culpa I (109) 165.
Praesumtio Muciana I (214) 387 ff.
— pro libertate I (353) 771 ff.
Präſumtionen I (166) 263.
Präterition, Folgen derſ. II (471 ff.) 236 ff.
Prätoriſches Eigenthum I (295) 540 ff.
Praevaricatio I (47) 86.
Praxis, ſ Gerichtsgebrauch.
Precarium III (691) 591 ff. 611 ff., ſ. a. possessio derivata u. commodatum.
Pretium beim Kauf (cerum, vertum, justum) III (632) 426 ff.
— — — per aversionem III (635) 430 ff.
Principali re peremta, accessiones quoque extinguuntur I (392) 898 ff.
Priorität der Pfandrechte I (385) 873 ff.
— — — Uebertragung derſ., ſ. hypothekar. Succeſſion.

Priorität der Zeit bei Pfandrechten I (387) 882 ff.
Privatſtrafe III (572) 51 ff., ſ. a. Selbſthülfe.
Privatteſtamente II (444 ff.) 138 ff.
Privilegia I (24) 52. 55 (114 ff.) 172 ff.
— Begriff u. Arten derſ. I (114) 172.
— des Zehenten III (575) 117 ff.
— Entſtehung u. Wirkung derſ. I (115) 172.
— Erlöſchung derſ. I (116) 172 ff.
Privilegirte Pfandrechte, ſ. Pfandrecht.
— Teſtamente II (461 ff.) 210 ff.
Privilegium causae III (594) 222 ff.
— dotis I (386) 878. III (594) 224 ff.
— exigendi III (594) 221 ff.
— personae III (594) 221 ff.
Probatio, ſ. Beweis.
— diabolica I (332) 642.
Probrosae feminae II (429) 80.
Proceßhandlungen, ſ. Handlungen.
Proceßverjährung I (152) 239.
Proceßzinſen I (160) 254.
Procurator in rem suam III (574) 101.
Procuratoren, ſ. Stellvertreter.
Prodigus II (428) 72, ſ. a. cura pr.
Programma criminale I (47) 90.
Pro herede gestio II (498) 332.
Prohibitio III (677) 541 ff.
— Verhältniß derſ. zur o. n. nuntiatio III (677) 541 ff.
Prohibitivgeſetze I (20) 46.
Promulgation I (12) 38.
Pro non scripto habetur II (429) 78.
Proprietas nuda u. plena I (295) 540.
Proprietätsrechte I (295) 540.
Πρόχειρον νόμων I (2) 12.
Πρόχειρος νόμος I (2) 11.
Proscriptio I (379) 859.
Prospectus (servitus) I (342) 722 727.
Proteſtation I (190) 330.
Protutor I (290) 526.
Provocatio ex lege Diffamari I (144) 212.
Provocatio ex lege si contendat I (144) 212.
Proxeneta III (650) 467 ff.
Prozente I (77) 112.
Pubertas I (37) 81 (plena) I (249) 460.
Pubertati proximi I (37) 81.
Publiciana in rem actio, ſ. actio Public.
Publicani III (688) 594.
Publikation der Geſetze I (12) 39.
Pupill, Rechtsgeſchäfte deſſ. I (279) 514 ff.
— Sorge für deſſen Perſon I (275) 511.
Putativer Titel, ſ. titulus.

Q.

Quanti actoris interest I (171) 268.
— ea res est I (171) 268.
Quarta D. Pii I (252) 468 ff.
— Falcidia II (534 ff.) 462 ff.
— — Ausnahmen derſ. II (538) 493 ff.
— — Berechnung derſ. II (535) 462 ff. (536) 477 ff.
— — Subjekte derſ. II (535) 462 ff.
— Trebelliana II (536) 479.
Quasi longa possessio I (351) 761 ff.
— possessio, ſ. juris quasi poss.
— traditio I (350) 750 ff.
— ususfructus I (347) 743 ff.
Quellen des Rechts I (11 ff.) 37 ff.
Querela inofficiosae donationis s. dotis II (482) 276 ff.
— — — Subjekte derſ. II (482) 279 ff.
— — — Uebergang derſ. auf die Erben I (145) 214.
— — — Wirkungen u. Vorausſetzungen derſ. II (482) 280 ff. 276 ff.
— inofficiosi testamenti II (467) 218 (478 ff.) 262 ff. (486) 296.
— — — Akkretion u. Succeſſion bei derſ. II (480) 271 ff.
— — — Uebergang derſ. auf die Erben I (145) 214.

Querela inofficiosi testamenti, Voraussetzungen derſ. II (478) 262 ff.
— — — Wegfall derſ. II (481) 275 ff.
— — — Wirkungen derſ. II (479) 266 ff.
— non numeratae dotis u. pecuniae I (167) 263.
— nullitatis juris antiqui u. novi II (485. 486) 294 ff.
Qui excipit, non fatetur I (156) 244.
Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum I (6) 14.
Qui jure suo utitur, neminem laedit (297) 544.
Quittungen I (167) 263.
— Verbindlichkeit zur Ausſtellung derſ. III (590) 204.

R.

Rapina III (680) 575 ff.
Rath III (659) 493 ff.
Ratihabition I (88) 128 III. (664) 503. 508 ff.
Ratio legis I (25) 55 ff.
Raub, ſ. rapina.
Realkontrakte III (623 ff.) 385 ff.
Realſervituten, ſ. servitutt. reales.
Reception des röm. Rechts I (5) 13 ff.
Receptae sententiae des Paulus I (2) 8.
Receptum arbitrii III (670) 517 ff.
— nautae, cauponis et stabularii III (648) 463 ff.
Rechnungslegung bei der antichresis I (384) 870.
Recht im objekt. S., Quellen deſſ. I (11—30) 37 ff.
— Recht der Wiſſenſchaft, ſ. Juriſtenrecht.
— Verſchiedenheit deſſ. nach Umfang, Inhalt u. Wirkung I (19 ff.) 46 ff.
Rechte im ſubj. S., Arten derſ. I (112) 167 ff.
— Begriff derſ. I (111) 167.
Rechte, dingliche I (113) 167 ff.
— Erwerb derſ. I (118 ff.) 173 ff.
— durch Succeſſion I (119) 173.
— Konkurrenz und Kolliſion derſ. I (131) 186.
— perſönliche u. an Sachen I (113) 167 ff.
— Verfolgung, Vertheidigung u. Sicherung derſ. I (132 ff.) 187 ff. (189 ff.) 330.
— Verluſt derſ. I (126 ff.) 203 ff.
— — — ipso jure u. ope exceptionis I (126) 203 ff., ſ. a. ope exceptionis.
Rechtsbücher, ſ. juſtinian. Recht.
Rechtsgeſchäfte I (89 ff.) 130 ff.
— Auslegung derſ. I (102) 158.
— Begriff u. Hauptarten derſ. I (89) 130.
— Beſtandtheile derſ. I (90) 130.
— Erforderniſſe derſ. I (91) 130.
— Formen derſ. I (92) 130.
— Konvaleszenz u. Konverſion ungültiger I (101) 158.
— Nebenbeſtimmungen derſ. I (93 ff.) 131 ff.
— Ungültigkeit derſ. I (100 ff.) 157 ff.
— zwiſchen Vater u. Hauskind I (231) 431 ff.
Rechtshilfe, Störung derſ. III (695) 618.
Rechtsirrthum, ſ. error juris.
Rechtskenntniß des Richters I (12) 38 (17) 45.
Rechtsmittel aus Nov. 115 II (485) 290 ff.
Rechtsquellen I (11—30) 37 ff.
Rechtsverletzung, als Erforderniß der Klagenverjährung I (147) 221 ff.
Rechtsvermuthungen I (166) 263.
Rechtswohlthaten, ſ. beneficia.
Redotation I (216) 392.
Regent, Klagen deſſ. I (148), ſ. a. Veräußerungen u. fiskal. Veräußerungen.
— Erbeinſetzung deſſ. litis causa II (429) 81.

Regreß der Bürgen III (578) 140.
— der Korrealſchuldner II (573) 70 ff.
Regula Catoniana I (95) 145 II (525) 435 ff. (540) 504 ff.
— — ad legata conditionalia non pertinet I (95) 145 II (540) 506 ff.
— — non pertinet ad hereditates II (540) 506. 509.
Reichsgeſetze, deutſche I (4) 13.
Rei vindicatio I (332 ff.) 640 ff., ſ. a. vindicatio.
— Einreden gegen dieſ. I (334) 659 ff.
— Subjekte und Objekte derſ. I (332) 640 ff.
— utilis I (332) 649 ff. (392) 900.
— Verbindlichkeiten des mit ihr beſiegten Verklagten I (333) 653 ff.
Religion I (40) 81.
— Aenderung derſ. als Bedingung I (93) 138.
Relocatio III (644) 455 ff.
Remedium ex L. 2. Cod. de resc. vend. III (611) 326 ff.
— ex L. ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. II (510) 364 ff.
— ex Nov. 115 II (486) 295 ff. 302.
Remissio der Nuntiation III (676) 537 ff.
— canonis I (359) 791. 792.
— mercedis III (641) 448 ff.
— pignoris I (392) 899.
Remiſſoriſche Geſchäfte III (621) 381 ff.
Remotio suspecti tutoris I (289) 525 ff.
Remuneration für Dienſte, ſ. Dienſte.
Remuneratoriſche Schenkungen I (125) 181. 182.
Rente, Schenkung einer jährlichen I (122) 179.
— legirte II (551) 530.
Renuntiatio, ſ. Verzicht.
— mandati III (662) 500.
— societatis III (654) 481.
Replicationes I (157) 244.
Replicatio rei judicatae I (173) 277.
Replicatio rei venditae et traditae I (335) 669.
Repräſentation, ſ. commodum repraesentationis.
— des Erblaſſers durch den Erben II (501) 341.
Repräſentationsrecht der Erben II (414) 48 ff.
Repromissio III (676) 538 (678) 555, ſ. a. o. n. nunt. u. cautio d. inf.
Repudiation des Erbrechts II (492) 311.
— in fraudem legatariorum II (539) 500. 502 ff.
Res I (61—79) 102 ff.
— Begriff derſ. I (61) 102.
— bewegliche u. unbewegliche I (62) 102.
— Beſitz an unbeweglichen I (207) 377.
— communes omnium I (65) 103.
— connexae s. compositae I (71) 106 ff.
— corporales u. incorporales I (61) 102.
— der Kirchen
— des Regenten
— der Städte
} I (317) 582.
— dividuae u. individuae I (70) 105 cfr. (340) 712 ff.
— divini juris I (64) 103.
— einfache u. zuſammengeſetzte I (71) 106.
— fungibiles und non fungibiles I (68) 104.
— furtivae I (317) 585 ff., ſ. a. furtum.
— futurae, als Objekt der Verpfändung I (370) 823 ff.
— Haupt- u. Nebenſachen I (72) 109.
— in commercio u. extra commercium I (63 ff.) 103 ff.
— — patrimonio u. extra patrimonium I (63 ff.) 103 ff.
— judicata I (172 ff.) 270 ff.
— — pro veritate accipitur I (173) 270 ff.
— — als titulus usucapionis I (320) 598 ff.

Res judicata, Restitution dagegen I (188) 328.
— — Voraussetzungen derſ. I (172) 270.
— — Wirkungen derſ. I (173) 270 ff.
— litigiosae I (160) 255 ff. (317) 591.
— minorum I (317) 583.
— nullius I (67) 104.
— publicae I (66) 103.
— pupillorum I (317) 583.
— quae usu consumuntur vel minuuntur vel non I (69) 105.
— succedit in locum pretii etc. I (71) 107.
— unitae I (71) 106.
— vi amissae u. possessae I (317) 589 ff.
— vitiosae, ſ. vitium.
Reſciſſibilität, ſ. Rechtsgeſchäfte, Ungültigkeit derſ.
— der Teſtamente II (457) 194.
Reſciſſion der Teſtamente II (479) 266 ff.
Rescripta I (13) 39.
Reservatio dominii I (311) 568 ff.
Reſervation I (190) 330.
Reſolutivbedingung bei Erbeinſetzungen II (434) 104 ff.
— bei dinglichen Rechten, ſ. dominium revocabile ex tunc.
Resolutio ex nunc u. ex tunc, ſ. dominium revocab.
Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum I (128) 184.
Responsa Papiniani I (2) 8.
Respublicae I (59) 99.
Restitutio, ſ. in integr. restit.
— dotis I (220 ff.) 402 ff.
— rei cum causa I (333) 653 ff.
Reſtitution eines Univerſalfideicommiſſes II (558) 547 ff.
Retention I (134) 190.
— der Pfänder, ſ. Pfandgläubiger.
— Einrede derſ., ſ. exc. retent.
Reugeld III (614) 337.
Reus excipiendo fit actor I (156) 244.
Revokable dingliche Rechte, ſ. dominium revocabile.
Revocatio in patriam potestatem propter ingratitudinem I (34) 73.
Revokation der Schenkung, ſ. donatio.
Richter, beſtochener I (47) 90. 91.
— Vergehen deſſ. III (699) 629.
Römiſches Recht, heutige Anwendung deſſ. I (5) 13.
— — Verhältniſſe der Theile deſſ. zu einander I (7) 18.
ῥόπαι αἱ I (2) 10.
Rückanwendung neuer Geſetze I (26) 57 ff.
Rückziehung der Bedingung I (95) 142 ff.
Ruhende Verjährung I (323) 612 ff.
Rusticitas I (271) 507.

S.

Sachen, ſ. res.
Satio I (329) 632.
Satisdatio III (676) 538 (678) 555.
Schadenserſatz III (571) 34 ff. 46 ff.
Schalttag I (197) 341 ff.
Schatz I (309) 563.
Schätzungseid I (160) 252 (139) 199.
Schauſpieler I (47) 88.
Schauſpielerinnen II (429) 79 ff.
Scheidemünze III (570) 28 ff.
Schenkung, ſ. donatio.
— Todes halber II (561 ff.) 559 ff., ſ. a. mortis c. donat.
Schenkverſprechen (unter Eheleuten) I (225) 419.
Schiedsrichter III (670) 517.
Schiffer III (648) 463 ff.
Schiffswurf III (649) 466.
Schmerzensgeld III (681) 585.
Schrot der Münzen I (68) 104.
Schulden, Erlöſchen derſ. durch capitis deminutio minima I (34) 78.
Schuldſchein I (167) 263. III (612a) 332 ff.

Schutz der Rechte I (132 ff.) 187 ff.
Schwägerſchaft I (45) 84.
Scriptura I (330) 637.
Secundae nuptiae I (227) 424 ff.
Selbſthilfe I (132 ff.) 187 ff.
Selbſtſtändige Perſönlichkeit I (42) 82.
Semel heres, semper heres II (434) 104.
Senatusconsultum Apronianum II (429) 83. 84.
— Juventianum I (71) 107 II (506) 347 ff.
— Hadrianum I (320) 595.
— Libonianum II (433) 102 ff.
— Macedonianum I (245) 453 ff.
— Orphitianum II (408) 31 ff.
— Pegasianum II (521) 404 ff. (536) 481 ff. (556 ff.) 545 ff.
— Tertullianum II (408) 31 ff.
— Trebellianum II (556 ff.) 545 ff.
— Vellejanum III (577) 129 ff. (581) 146 ff.
— — Entſagung auf daſſ. III (581) 152 ff.
— — Wegfall deſſ. III (581) 147 ff.
Senectus I (37) 81.
Sentenz, ſ. res judicata.
Separatio bonorum II (503) 341.
— ex jure hypothecario I (385) 873 ff.
— fructuum I (326) 616 ff.
Separationsrecht, außerordentliches und ordentliches III (593) 217. 218.
Separatiſten ex jure crediti und ex jure dominii III (593) 217. 218.
Sequeſter, ſ. Beſitz, abgeleiteter.
Sequestratio III (630) 415.
Servi I (34) 72 ff.
Servitus acquisita I (350) 750.
— altius tollendi I (342) 728 ff.
— altius non tollendi I (342) 728 ff.
— constituta (ex conventione debita) I (350) 750.
— fructus sine usu I (348) 746 ff.
— in faciendo consistere nequit I (338) 691 ff.
— jure constituta I (350) 756.
— luminis immittendi I (342) 722.
Servitus luminum I (342) 721 ff.
— ne luminibus officiatur I (342) 721 ff. 727.
— ne prospectui officiatur I (342) 721 ff.
— officiendi luminibus I (342) 729 ff.
— oneris ferendi I (338) 693 (342) 728.
— prospectus I (342) 727.
— servitutis esse nequit I (338) 694 ff.
— stillicidii avertendi I (342) 729 ff. 733.
— tuitione praetoris constituta I (350) 756.
— viae I (341) 719.
— vorbehaltene I (350) 759.
Servitutes affirmativae I (339) 701.
— Arten derſ. I (339) 697 ff.
— Begriffe derſ. und allgemeine Prinzipien I (338) 685 ff.
— discontinuae I (351) 764.
— Erlöſchung derſ. I (356 ff.) 784 ff.
— Errichtung derſ. I (350) 750 ff.
— faciendi, habendi, prohibendi I (339) 701.
— hominum I (339) 697 ff.
— in personam constitutae I (339) 697 ff.
— legales I (352) 766.
— negativae I (339) 701.
— personales s. personarum I (339) 697 ff. (343 ff.) 733 ff.
— personarum regulares u. irregulares I (339) 697 ff.
— praediorum rusticorum I (339) 700 ff. (341) 717 ff.
— praediorum urbanorum I (339) 700 ff. (342) 721 ff.
— reales s. rerum s. praediorum s. in rem constitutae I (339) 700 ff. (340 ff.) 705 ff.
— — Eviction derſ. III (610) 317 ff.
— Rechtsmittel wegen derſ. I (353 ff.) 767 ff.
— rusticae u. urbanae I (339) 700 ff.
— Untheilbarkeit derſ. I (340) 712 ff. (173) 286.

Servitutes, Verjährung derſ. I (351) 760 ff.
— Verluſt derſ. I (356 ff.) 784 ff.
— — — durch Nichtgebrauch I (357) 784 ff.
— Verpfändung derſ. I (367) 806 ff.
Sicherſtellung der Rechte I (188 ff.) 330.
Siegel bei Teſtamenten II (445) 144 ff.
Silva caedua u. non caedua I (344) 734 ff.
Simulation, ſ. Wille, Ernſtlichkeit deſſ.
Sklaven, Succeſſionsunfähigkeit derſ. II (404) 24.
— Teſtirunfähigkeit II (428) 72 ff.
Societas III (651 ff.) 468 ff.
— Bedingung derſ. III (654) 481 ff.
— Begriff und Erforderniſſe derſ. III (651) 469 ff.
— leonina III (651) 469.
— Nebenverträge bei derſ. III (651) 469 ff.
— omnium bonorum III (656) 484.
— quoad sortem u. quoad usum III (651) 472 ff. (655) 482.
Societates publicae, ſ. universitates.
Socii, Verbindlichkeiten derſ. III (652) 476 ff.
— Verhältniß derſ. zu Dritten III (653) 478 ff.
Sociniſche Kautel II (476) 261.
Socius liberalitatis imperialis II (425) 70.
Solidariſche Verbindlichkeit, ſ. Verbindlichkeit.
Solutio indebita III (625) 390 ff., ſ. a. Zahlung.
Solutionis causa adjectus III (582) 165 ff.
Sondergut, ſ. peculium.
Spatium deliberandi II (499) 339.
Species perit ei, cui debetur, ſ. casus.
Specificatio I (310) 564 ff.
Spes, ſ. emtio rei speratae.
Spielverträge III (673) 520 ff.
Spolium III (690) 600 ff., ſ. a. jus spolii.
Sponsalia I (212) 386.
Sprache des Teſtaments II (433) 101.
Statsämter, juriſt. Perſönlichkeit I (53) 93.
Statsrecht, römiſches I (5) 14.
Städelſcher Proceß I (60) 99 ff.
Städte I (59) 99 (148) 230.
Stand I (39) 81.
Status I (34) 72 ff.
— civitatis u. familiae I (34) 73.
— Klagen I (173) 286. 287.
— libertatis I (34) 73.
Stellionat I (47) 86.
Stellvertreter (beim Beſitzerwerb) I (205) 375 ff. (beim Erwerb durch Tradition (311) 568 (bei Verträgen) III (608) 286 ff. (653) 478 ff. (661) 495 ff. (beim Uſukapionsbeſitz) I (322) 605.
Stiftungen, ſ. pia corpora.
— Genehmigung der Staatsgewalt zu ihrer Begründung I (60) 99 ff.
Stillicidium, ſ. servitus stillicidii.
Stipulatio III (600) 244 ff.
— Aquiliana III (668) 514.
— duplae III (609) 309 (610) 310 ff.
— ex operis u. nunt. III (676) 538 ff.
Strafen (Privat) III (572) 51 ff.
Strafgeſetze, Auslegung derſ. I (25) 56.
Stückzahlung III (583) 171 (567) 7.
Stundung, erzwungene III (586) 175.
Subhaſtation, ſ. Verſteigerung.
Subpignus, ſ. Afterpfand.
Subscriptio testium II (445) 145 ff.
Subscriptor octavus II (445) 144.
Subſidiarität der Klagen I (153) 240.
Subsidium paternum, Collation deſſ. II (516) 396.
Substitutio II (450 ff.) 169 ff.
— breviloqua II (451) 169 ff. 174 ff.
— fideicommissaria II (476) 261.
— militaris II (456) 192.
— pupillaris II (452 ff.) 176 ff.
— — Erlöſchung derſ. II (455) 186.
— — tacita II (453) 178 ff.
— — Vorausſetzungen derſ. II (453) 178 ff.

Substitutio pupillaris, Wirkungen derſ. II (454) 181 ff.
— quasi pupillaris s. exemplaris s. Justinianea II (456) 186 ff.
— reciproca s. breviloqua II (451) 174 ff.
— vulgaris II (451) 169 ff.
— — tacita II (451) 169.
Substitutus substituto est substitutus instituto II (451) 174 (453) 179.
Successio I (119) 173, ſ. a. Inteſtaterbfolge.
— ex tunc I (33) 69.
— graduum im ordo unde legitimi II (407) 31.
— — — — unde liberi II (407) 29 ff.
— hypothecaria I (377) 852 ff.
— in das Vermögen eines Verſtorbenen, Arten derſ. II (393) 4.
— in querelam inofficiosi testamenti II (407) 30 (480) 273 ff.
— ordinum et graduum II (410) 38 (420) 62 ff. (480) 274.
— per universitatem I (119) 173. II (494) 313.
— singularis I (119) 173.
Succeſſion der armen Witwe II (488) 303 ff.
— der Konkubinenkinder II (413) 45 ff.
— Erwerb der Rechte durch dieſ. I (119) 173.
— in capita, in stirpes, in lineas II (414 ff.) 48 ff.
— in die Delation, ſ. Transmiſſionsfälle.
— in die Uſucapion I (322) 606 ff.
Succeſſionsfähigkeit II (404) 24 ff.
— zur Inteſtaterbfolge nach Nov. 118. II (411) 39 ff.
— Zeitpunkt derſelben II (404) 27.
Succeſſions-Ordnung II (414 ff.) 48 ff.
— vor Nov. 118. II (410) 38.
Succeſſive Delation II (420) 62 ff.
— Vermächtniſſe II (524) 432.
Sui heredes II (468 ff.) 221 ff. (410) 38.
Sui heredes, Erwerb der Erbſchaft durch dieſ. II (497) 330 ff.
Summariissimum oder possessorium summarium I (336) 684.
Superfiziar, Beſitz deſſ. I (200) 355.
Superficies I (362) 794.
Superscriptio II (445) 145.
Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est I (71) 107.
Suspecti postulatio s. remotio I (289) 525.
Suspenſivbedingung I (95) 141 ff., ſ. a. conditio u. Bedingung.
Suus heres, ſ. sui heredes.
Syndikatsklage III (699) 629.
Synopsis Basilicorum I (2) 11.
— minor I (2) 12.
— Syſteme des Civil-Rechts I (9) 20 ff.

T.

Tacitum fideicommissum II (565) 577.
Tag, ſ. Zeitabſchnitte.
Taubſtummgeborene II (428) 72.
Tauſchvertrag III (638) 444.
Tauſchwerth, ſ. Geld.
Tempus continuum I (195) 333 (83) 117.
— hostilitatis I (323) 612.
— utile I (196) 333 (83) 119.
— — ratione initii, continuum ratione cursus I (180) 308. 309.
Testamentarius II (433) 102 ff.
Testamenti factio activa II (428) 71 ff.
— — activa, Ungewißheit über dieſ. II (428) 76.
— — passiva II (429) 77 ff.
Teſtaments-Erbfolge II (427 ff.) 71 ff.
— Eröffnung II (439) 135.
— Executoren II (441) 136.
— Form II (443 ff.) 137 ff.
— Inhalt II (449 ff.) 148 ff.
— Ungültigkeit II (457 ff.) 194 ff.
— Urkunde, Abfaßung derſ. II (445) 143 ff.

Teſtaments-Urkunde, Solenniſirung derſ. II (445) 144.
— Zeugen II (444) 138 ff.
Testamentum II (443 ff.) 137 ff.
— ad pias causas II (465) 213.
— allographum II (445) 144.
— apud acta conditum II (447) 146.
— auf dem Lande II (463) 211.
— correspectivum II (448) 147.
— destitutum II (459) 198 ff.
— eines Blinden II (466) 213.
— eines Schreibunfähigen II (445) 144.
— gegenſeitiges II (448) 147.
— holographum II (445) 144.
— imperfectum II (460) 204 (472) 238.
— injustum, ſ. testamentum nullum.
— inofficiosum, ſ. querela inoff. testam.
— irritum factum II (458) 196 ff.
— judici vel principi oblatum, ſ. testam. public.
— militare II (462) 210 (527) 446.
— mündliches II (446) 146.
— mysticum II (433) 101.
— nullum s. injustum II (457) 194 ff. (471) 236 ff.
— parentum inter liberos II (464) 212.
— per aes et libram II (433) 100 (444) 140.
— pestis tempore conditum II (444) 142.
— posterius imperfectum II (460) 203 ff.
— privatum II (444 ff.) 138 ff.
— — Erforderniſſe deſſ. II (444) 138 ff.
— privilegiatum II (461 ff.) 210 ff.
— publicum II (447) 146.
— reciprocum II (448) 147.
— rescissum II (457) 194 ff.
— ruptum II (460) 202 ff. (471) 236.
— rusticorum II (463) 211.
Teſtirunfähigkeit II (428) 72 ff.
Theil, als Gegenſtand des Beſitzes I (204) 367 ff.
Theilbarkeit der Leiſtung III (567) 7 ff.
— der Sachen I (70) 105.
Theilungsklagen III (658) 486 ff.
Theophilus, Inſtitutionen-Paraphraſe, ſ. Inſtitutionen u. Par.
Theodorici edictum, ſ. edict.
Theodosianus codex, ſ. codex.
Thesaurus I (309) 563.
Thiere, Beſchädigung durch dieſ. III (689) 595 ff.
— Halten gefährlicher III (706) 634.
Tigna alienis aedibus juncta, ſ. act. de tign. juncto.
Titulus bei der Erſitzung der Servituten I (351) 764.
— et modus acquirendi I (305) 561.
— pro donato I (320) 598.
— pro emtore I (320) 596 ff. (335) 667.
— pro suo I (319) 594 ff.
— putativus I (319) 593.
— res judicatae I (320) 598 ff.
— usucapionis I (319 ff.) 593 ff.
Tod I (33) 67 ff.
— als Endigungsart der Societät III (654) 481.
— — — des Mandats III (662) 500.
— — — von Obligationen I (145) 213 ff., ſ. a. actiones transeunt.
Todeserklärung I (33) 68 ff.
Tradition I (311) 568 ff.
Transactio, ſ. Vergleich.
Transitus dominii legalis I (311) 574.
Translatio legatorum II (434) 116 (541) 514 ff.
Transmissio ex capite in integrum restitutionis II (400) 22.
Transmiſſionsfälle II (491) 309 ff.
Trauerjahr I (227) 428 ff.
— Verletzung deſſ. durch die Frau I (47) 89 II (404) 26 (429) 81.
Trödelvertrag III (639) 445.
Turpitudo, ſ. vitae turpitudo.
Tutela I (261 ff.) 486 ff.
— affectata I (271) 506.

Tutela, Begriff u. Weſen derſ. I (261) 486.
— Beendigung derſ. I (288 ff.) 524 ff.
— dativa I (268) 499 ff.
— Delationsgründe derſ. I (264) 481 ff.
— divisa u. indivisa I (283) 521.
— Excuſationsgründe I (271) 504 ff.
— fiduciaria I (267) 497 ff.
— — des extraneus u. parens manumissor I (267) 498.
— legitima I (266 ff.) 495 ff.
— — der Mutter und Großmutter I (266) 495.
— — der Verwandten I (266) 494 ff.
— — parentis I (267) 497.
— testamentaria I (264) 491.
— — imperfecta s. minus plena I (265) 492 ff.
— Uebernahme derſ. I (264 ff.) 491 ff.
— — Fähigkeit dazu I (271) 501 ff.
— — Verbindlichkeit dazu I (271) 504 ff.
— Unterſchied derſ. von der cura I (263) 486 ff.
— Verpflichtungen bei der Uebernahme I (273) 509 ff.
— Verwaltung derſ. I (274 ff.) 510 ff.
— — Theilung derſ. I (283) 522.
Tutor dativus I (268) 499 ff.
— einſeitige Geſchäftsführung deſſ. I (280) 520.
— falsus I (290) 526. 527.
— gerens I (281) 520 ff.
— honorarius I (281) 520 ff.
— notitiae causa datus I (281) 520 ff.
— per quem administratio fieret I (282) 522.
— praetorius s. praetorianus I (268) 500.
— remotus I (47) 87.
— suspectus I (289) 525.
— Veräußerungen deſſ. I (277) 511 ff.
— Verbindlichkeit deſſ. bei Uebernahme der Tutel I (273) 509.
Tutoris auctoritas I (279) 513 ff.
— petitio I (269) 501.
Tutorium I (273) 509.

U.

Uebergang der Klagen auf die Erben I (145) 213 ff.
— der Obligationen auf Andre (durch Zeſſion) III (574 ff.) 99 ff.
Ueberleben, ſ. Kommorienten.
Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio I (25) 55 ff.
Ulpiani fragmenta I (2) 4.
Umfang der Geſetze, ſ. Geſetze.
— des Pfandrechts I (370) 822 ff.
Unabhängigkeit, privatrechtl. I (42) 82.
Unbeſtimmtheit einer Leiſtung, ſ. obligatio certa u. incerta.
Uneheliche Verwandtſchaft, ſ. Verwandtſchaft u. Alimentation.
Ungewißheit des Todes, ſ. Kommorienten und Tod.
— über die testamenti factio II (428) 76.
— — den Delationsgrund II (498) 336 ff.
Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte, ſ. Rechtsgeſchäfte.
— der Teſtamente II (457 ff.) 192 ff.
— der Vermächtniſſe II (539 ff.) 499 ff.
Unitas actus II (444) 141 ff.
— personae zwiſchen Vater und Kind I (231) 430 ff.
Univerſal-Vermächtniß II (556 ff.) 545 ff.
— — Erwerbung deſſ. II (558) 547 ff.
— — Rechtsverhältniſſe deſſ. II (559) 552 ff.
Universitas facti u. juris I (71) 106 ff.
Universitates personarum I (53 ff.) 92 ff.
— — Aufhebung derſ. I (56) 98.
— — Begriff und Weſen derſ. I (54) 94 ff.
— — Vorſteher derſ. I (57) 98.
— — Willen und Handlungsfähigkeit derſ. I (55) 96 ff.
— rerum I (71) 106 ff.
— — cohaerentium u. distantium I (71) 106, ſ. a. Beſitz.

Unmögliche Bedingungen I (93) 134 ff., ſ. a. conditio.
Unmöglichkeit der Leiſtung, ſ. casus.
Unmündige, ſ. impuberes.
Unterbrechung der Klagenverjährung I (150) 231 (160) 249 ff.
— der Uſucapion I (323) 612 (160) 249 ff.
Unterſchlagung III (679) 571.
Untheilbarkeit der Leiſtung III (567) 7 ff.
— der Sachen I (70) 105.
— der Servituten I (340) 712 ff.
Usus casus Institutionum I (332) 652.
Unvordenkliche Zeit I (130) 185.
Urkunden I (167) 263, ſ. a. Pfandprivilegien u. Priorität der Zeit.
— Edition III (708) 641 ff.
Urtheil, ſ. res judicata.
Usucapio I (314 ff.) 579 ff.
— des frühern Rechts I (314) 579.
— einer zuſammengeſetzten Sache I (204) 367 ff.
— extraordinaria I (325) 613 ff.
— libertatis I (342) 730 ff. (357) 786 ff.
— pro herede I (320) 594 ff. II (398) 15 (505) 344.
— pro suo I (320) 594 ff.
— servitutum I (351) 760 ff.
Uſukapionsbeſitz, ſ. bon. fid. possessio.
Uſukapionsfähigkeit der Sache I (317) 582 ff.
Uſukapionszeit I (322) 605 ff.
Uſufruktuar, Rechte deſſ. I (344) 733 ff.
— Verbindlichkeiten deſſ. I (345 ff.) 743.
Usurae centesimae I (77) 112.
— indebitae I (76) 111 ff. III (625) 392.
— legales, ſ. geſetzliche Zinſen.
— rei judicatae, ſ. Proceßzinſen.
— semisses u. unciariae I (77) 113.
Usuraria pravitas III (708) 646, ſ. a. Zinswucherer.
Usurpatio naturalis I (323) 611, ſ. a. Unterbrechung der Uſucapion.
Usus I (339) 697 (348) 744 ff.
— diuturnus I (351) 762.
— sine fructu I (348) 746 ff.
Usufructus I (339) 697 (343) 733 ff.
— dotis causa datus I (221) 416.
— legalis I (352) 766.
— — am peculium II (409) 35 ff. (415) 51 ff.
— nominum I (347) 743.
— vestimentorum I (347) 743.
Utile per inutile non vitiatur I (93) 137.
Uxor binuba I (227) 424 ff. 427 ff.
— pauper indotata II (488) 303 ff.

V.

Väterliche Gewalt I (229 ff.) 430 ff.
— — Auflöſung derſ. I (257 ff.) 477 ff.
— — Charakter derſ. I (247 ff.) 458 ff.
— — Rechtsmittel aus derſ. I (246) 458.
— — Wirkungen derſ. I (230 ff.) 430 ff.
Venditio gratiosa III (632) 427.
Veräußerung, ſ. alienatio.
Veräußerungsverbot der res litigiosae I (160) 255 ff.
— Verbot I (299) 549 ff.
— — als Hinderniß der Uſukapion I (317) 590. 591.
Verbindlichkeit, ſ. a. obligatio.
— ſolidariſche III (573) 62. 64 ff.
— — Entſtehungsgründe derſ. III (573) 66 ff.
— — Erlöſchungsgründe derſ. III (573) 87 ff.
— des Erben zur Erfüllung letztwilliger Anordnungen II (504) 341.
Verbindung als Eigenthumserwerb, ſ. Acceſſion.
Verbrechen einer universitas I (55) 97 ff
Verfügung ad pias causas I (60) 99, ſ. a. testamentum ad p. caus.

Verführung eines Kindes III (698) 628.
Vergehen, als Entſtehungsgrund von Obligationen III (674 ff.) 525 ff.
— der Agrimenſoren III (700) 630.
— der Richter III (699) 629.
— der Universitates I (55) 98.
Vergeltung geleiſteter Dienſte III (650) 467.
Vergleich III (668 ff.) 512 ff.
— Bruch eines beſchworenen Vergleichs I (179) 264.
— Wirkungen deſſ. III (669) 515.
Verhältniß der Beſtandtheile des römiſchen Rechts zu einander I (7) 18.
Verhinderung des Erſcheinens vor Gericht III (695) 618.
Verjährung I (129 ff.) 185 ff., ſ. a. praescriptio u. titulus.
— acquiſitive I (314 ff.) 579 ff. (351) 760 ff.
— — außerordentliche I (325) 613 ff.
— — — Unterſchied von der ordentlichen I (325) 615 ff.
— — Immemorial- I (130) 185.
— — ordentliche I (317 ff.) 582 ff.
— — — Erforderniſſe derſ. I (317 ff.) 582 ff.
— — — Sachen, die ihr entzogen ſind I (317) 582 ff.
— — — Siſtirung derſ. I (323) 611.
— — — Unterbrechung derſ. I (323) 611 ff. (160) 249.
— — — Wirkungen derſ. I (324) 613 ff.
— — der Emphyteuſe I (360) 792 ff.
— — der Servituten I (351) 760 ff.
— extinktive der Einreden, ſ. exceptiones.
— — der Emphyteuſe I (361) 792 ff.
— — der Klagen I (146 ff.) 219 ff.
— — — privilegirte Perſonen rückſichtlich derſ. I (148) 229.
— — — Unterbrechung derſ. I (150) 231.
— — — — durch litis contestatio I (160) 249.
— — — Wirkungen derſ. I (151) 232 ff.
Verjährung, extinktive der Klagen, Zeit derſ. I (148) 229.
— — der Litispendenz I (152) 237 ff.
— — des Proceſſes I (152) 239.
— — der Servituten I (357) 784 ff.
Verjährungszeit, ſ. computatio.
— Ablauf derſ. I (322) 605 ff.
— der Reſtitution I (180) 307 ff.
— der hypothekariſchen Klage I (151) 236.
Verkauf des Pfandes I (379 ff.) 856 ff.
— durch Verſteigerung III (636) 441.
Verkäufer, Verbindlichkeiten deſſ. III (633) 429.
— Haftung deſſ. wegen Realſervituten III (610) 317 ff.
Verlegung eines öffentlichen Wegs auf ein Privatgrundſtück III (687) 594.
Verletzung über die Hälfte, ſ. laesio enormis.
Verlöbniß I (212) 386.
Verluſt, ſ. Rechte.
Vermächtniſſe, ſ. a. legatum u. fideicommissum.
— ad pias causas u. Univerſal-Fideic. II (538) 498.
— alternative II (549) 525 ff.
— Belaſtung mehrer Erben mit demſ. II (521) 408 ff.
— einer fremden Sache II (525) 433 ff.
— einer generell beſtimmten Sache II (549) 525 ff.
— einer res, cujus commercium non est II (525) 432 ff.
— einer Servitut II (554) 533 ff.
— einer species II (548) 523 ff.
— einer universitas von Sachen II (553) 532.
— eines jus in re aliena II (554) 533 ff.
— Erwerbung derſ. II (529 ff.) 457 ff.
— Form der Errichtung derſ. II (526 ff.) 439 ff.
— Geſchichte derſ. II (519) 399 ff.
— Honorirter bei denſ. II (522) 416 (530) 457.

Vermächtniſſe, Honorirter, Rechtsmittel deſſ. II (531 ff.) 457 ff.
— Objekte derſ. II (544) 517.
— Onerirter derſ. II (521) 402 ff.
— — Rechte deſſ. II (533 ff.) 461 ff.
— Subjekte derſ. II (520) 401 ff.
— ſucceſſive II (524) 432.
— von Alimenten II (552) 531.
— von Einkünften u. Renten II (551) 530.
— von Forderungsrechten II (555) 542 ff.
— Wegfall derſ. II (539 ff.) 500 ff.
— — Ausnahme davon II (539) 500 ff.
— — Folgen deſſ. II (546 ff.) 518 ff.
Vermiſchung, ſ. commixtio.
Vermiether, Verbindlichkeiten deſſ. III (641) 447 ff.
— Kündigungsrecht deſſ. III (643) 452 ff.
Vermögenskuratel I (294) 535.
— über Verſchollene I (294) 535, ſ. a. cura.
Verordnungen I (12) 38.
Verpfändung, ſ. Pfandrecht.
Verpfleger eines furiosus II (565) 582 (424) 70.
Verpflichtung durch Andre III (608) 287 ff.
— des Kindes I (239) 444.
— des Vaters I (240 ff.) 446 ff.
— zur Gewährleiſtung III (609 ff.) 300 ff.
Verſchollenheit I (33) 68, ſ. a. Vermögenskuratel.
Verſchollene, Erwerb der Erbſchaft für dieſ. II (498) 338.
Verſchwägerung I (45) 84.
Verſehen des Richters III (699) 629.
Versio in rem I (243) 451.
Versio Vulgata I (6) 16.
Verſprechen, an einen Dritten zu leiſten III (608) 288 ff.
— einer fremden Handlung III (608) 296 ff.
Verſprechungseid, ſ. juramentum promissorium.
Verſteigerung III (636) 440.
Verträge, ſ. a. contractus u. pacta.
— Begriff derſ. III (596) 230.
— Beſtärkungsmittel derſ. III (612) 332 ff.
— als Entſtehungsgründe von Obligationen III (595) 229.
— Erforderniſſe derſ. III (601 ff.) 248 ff.
— Form derſ. III (606) 283.
— Gegenſtand derſ. III (602) 248.
— Klaſſifikation derſ. III (600) 244 ff.
— Subjekte derſ. III (601) 248.
— über Erbſchaften II (396) 7 ff. (565) 578.
— unter Entfernten III (603) 248 ff.
— Wirkungen derſ. III (607 ff.) 283 ff.
— — für Dritte III (608) 287 ff.
Verwaltung der Erbſchaft II (508) 354 ff.
— des peculium adventitium regulare I (236) 438 ff.
Verwandtſchaft I (43 ff.) 83 ff.
— als Succeſſionsgrund II (411 ff.) 39 ff.
— eheliche I (35) 80.
— mehrfache I (44) 84. II (419) 62.
— uneheliche I (35) 80. II (413) 45 ff.
Verwendungen, ſ. impensae.
Verwirkung des Inteſtaterbrechts durch die Geſchwiſter II (565) 582.
Verzicht I (127) 184.
— auf das SCtum Vellejanum II (581) 152 ff.
Verzug, ſ. mora.
Verzugszinſen, ſ. geſetzliche Zinſen.
Via I (341) 719.
Vicina praedia I (340) 709.
Viehtrifftsgerechtigkeit I (341) 717.
Vindikant, Beweis deſſ. I (332) 642 ff.
— Forderung deſſ. an den Beklagten I (333) 653 ff.
Vindicatio caducorum II (496) 317 (429) 78.
— pignoris I (389) 886 ff.
— servitutis I (353) 766 ff.
Virgo Vestalis I (34) 72 ff.
Vis armata und quotidiana III (690) 601 ff.

Vitae turpitudo I (50) 91.
Vitalität I (32) 66 ff.
Vitium des Besitzes, s. interd. uti possid.
— der Sache I (317) 585 ff.
Volljährigkeit I (37) 81.
Vollmacht, s. Mandat.
Vorausklage, s. benefic. und exc. excussionis.
Vorbehalt des Eigenthums I (311) 568.
— von Servituten I (351) 759 ff.
Vorjustinianisches Recht, Sammlungen dess. I (2) 3 ff.
Vormund, Vormundschaft, s. tutor, tutela.
Vorsteher einer universitas. I (57) 98.
Votum III (615) 344.
Vulgar. Substitution, s. subst. vulg.

W.

Waare III (632) 424 ff.
Wahlrecht bei obligationes alternativae III (569) 17 ff.
— bei Vermächtnissen II (549) 527 ff.
Wahnsinn, s. furiosus.
Wandelpön III (614) 337.
Wasserlauf I (298) 548.
Wasserleitung I (339) 703 ff. (340) 710 ff.
Wege, öffentliche I (66) 103.
— — Interdikte zu deren Schutz III (674) 525 ff.
Wegeservituten I (341) 717 ff.
Werth I (68) 104 ff. III (571) 38 ff. (681) 584.
Westgothisches Rechtsbuch I (2) 6.
Wettverträge III (673) 520 ff.
Widerruf der Testamente II (460) 202 ff.
— des Mandats III (662) 500.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. in integr. restit.
Wiedereinlösungsrecht des Pfandschuldners I (381) 863.
Wilde Thiere I (308) 562 III (689) 597 ff.
Wille, Ernstlichkeit dess. I (85) 127.
— privatrechtliche Herrschaft über denselben I (42) 82.
Willensbestimmung I (81 ff.) 115.
— bei letztw. Verfügungen II (430 ff.) 86 ff.
Willenserklärung I (86) 127.
— bei letztw. Verfügungen II (433) 98 ff.
— stillschweigende, Irrthum dabei I (83) 118 ff.
Willkür eines Dritten bei letztw. Verfügungen II (432) 93 ff., s. a. arbitrium.
Wirthe III (648) 463 ff.
Witwe, Erbrecht ders. II (488) 303 ff., s. a. Trauerjahr.
Wohlthat, s. beneficium.
Wohnort I (41) 82.
Würderungseid, s. juramentum in litem.

Z.

Zahlung III (582 ff.) 164 ff.
— Beweis ders. III (590) 204.
— einer Nichtschuld III (625) 390 ff.
— Gegenstand ders. III (583) 168 ff.
— mehrerer Posten III (589) 201 ff.
— Ort ders. III (584) 174 I (139) 200.
— Subjekte ders. III (582) 164 ff.
— temporäre Suspension ders. III (586) 175.
— Zeit ders. III (585 ff.) 175 ff.
Zeichenschrift II (445) 144.
Zeitberechnung, s. computatio.
Zeit I (194 ff.) 331 ff.
Zeitabschnitte I (194) 331 ff.
Zeitbestimmungen, s. dies.
Zeit der Erbschaftsantretung II (499) 339 ff.
— des Todes bei Kommorienten I (33) 70.
Zeitpunkt der Erbschaftsvertheilung II (421) 68 ff.

Zeſſibilität, ſ. Zeſſion.
Zeſſion III (574 ff.) 99 ff., ſ. a. cessio.
— Beſchränkungen durch die lex Anastasiana III (576) 122 ff.
— Verbot derſ. III (574) 109 ff.
— Wirkungen derſ. III (575) 113 ff.
Zeugnißablage III (709) 646.
Zinſen I (76 ff.) 110 ff., ſ. a. usurae.
Zinſen nehmen im Voraus und ultra alter. tantum I (77. 79) 113. 114.
Zinsbeſchränkungen I (77 ff.) 112 ff.
Zinsverbindlichkeit, Entſtehung durch Verjährung I (76) 111.
Zinswuchrer I (77) 113 II (428) 75.
Zollpächter III (688) 594.
Zubehör, ſ. Pertinenzen.
Zufall, ſ. casus.
Zwang I (82) 116.
— als Reſtitutionsgrund I (185) 318 ff. 320 ff.
— bei letztwilligen Verfügungen II (431) 86 ff.
— bei Verträgen III (605) 279 ff.
— widerrechtliche Anwendung von III (682) 614.
Zweite Ehe I (227) 424 ff.

Verzeichniß

der in dieſem Werke ausgezogenen und beſprochenen Belegſtellen.

Die beſprochenen Stellen ſind durch einen Stern ausgezeichnet. Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Band, die eingeklammerten arabiſchen den §, die nicht eingeklammerten die Seite.

A. Geſetzesſtellen.

Inſtitutionen.

Lib. 1.

Tit.	§.	
II	3	de jure nat. I (12) 37.
VI	ult*	qui et quib. ex caus. manum. I (196) 340.
IX	1	de patr. pot. I (211) 386.
X	12	de nupt. I (35) 80.
—	13*	— — I (255) 473 ff.
XI	2*	de adoptionib. I (250) 463 (257) 480.
—	5	— — I (248) 459.
XII	6	quib. mod. jus potest. solv. I (257) 478.
XIV	2	qui test. tut. dari poss. I (264) 491.
XVI	3*	de capitis demin. I (34) 75 ff.
—	5	— — — I (34) 72.
XVIII	t. t.	de legit. parent. tutela I (267) 497.
XIX	t. t.	de fiduciar. tutela I (267) 497.
XXI	2	de auctor. tutor. I (279) 513.
XXIV	1	de satisdat. tutor. I (282) 522.
XXV	8*	de excusat. tutor. I (271) 507.
—	16	— — — I (272) 509.
XXVI	5*	de suspect. tutor. I (289) 526.

Lib. 2.

I	2	de rer. divis. I (66) 104.
—	25*	— I (310) 564 ff.
—	27	— I (331) 639.
—	28	— I (331) 639.
—	29	— I (300) 353 (329) 632.
—	30*	— I (329) 634 ff.

Tit.	§.	
I	31*	de rer. divis. I (329) 633 ff.
—	32*	— I (326) 620 (329) 633 ff.
—	33 }	— I (330) 637.
—	34 }	
—	35*	— I (326) 616. 620 ff. 627.
—	37*	— I (326) 617. 620.
—	39*	— I (309) 563.
IV	1	de usufr. II (554) 533.
—	2	— I (347) 743.
—	3*	— I (344) 738 ff. (357) 786.
V	5	de usu et habit. I (349) 750.
VI	pr*	de usucap. et l. t. praescr. I (316) 581.
—	12 u. 13*	— I (322) 606 ff. 609.
—	ult.	— I (311) 575 ff.
VII	1*	de donat. II (562) 563 ff.
IX	1*	per quas pers. I (236) 437.
X	9*	de testam. ordin. II (444) 140.
—	10*	— II (444) 140.
—	11*	— II (444) 140.
XII	pr*	quib. non est perm. test. fac. II (409) 36.
XIII	5*	de exhered. liber. II (469) 230 (467) 217.
XIV	9*	de hered. instit. II (437) 135.
XVI	1*	de pupill. subst. II (456) 186 ff.
—	3*	— II (460) 203.
XVII	6*	quib. mod. test. inf. II (458) 196.
XVIII	1*	de inoff. test. II (474) 249 ff.
—	2*	— II (481) 276.
—	6	— II (476) 261.
XIX	5* }	de hered. qualit. I
—	6* }	(186) 322.
XIX	7	de hered. qualit. II (498) 332.
XX	3	de legatis II (519) 400.
—	4	— II (548) 523.
—	5	— II (548) 523.
—	6	— II (545) 517.
—	8*	— II (496) 319 (547) 520 ff.
—	22*	— II (549) 526 ff.
—	25. 27	— II (429) 84.
—	27	— I (265) 492.
—	28*	— II (429) 83.
—	32*	— II (540) 512 ff.
XXIII	5*	de fideicomm. heredit. II (556) 547.
—	7	— II (556) 545.
—	12*	— II (528) 453 ff.
XXIV	1	de sing. reb. per fideic. rel. II (521) 402.
XXV	1*	de codicill. II (526) 439.
—	ult*	— II (526) 444.

Lib. 3.

II	ult.	de legit. agnat. succ. I (257) 478.
VIII	3*	de success. libertor. II (486) 298 ff.
IX	4—8	de bonor. poss. II (401) 23. 24.
—	8*	— II (398) 19.
—	9*	— II (420) 66 (500) 340.
—	10	— II (500) 340.
X	pr.	de acquisit. per arrogat. I (251) 466.
—	1—3	— I (251) 466.
XI	1*	de eo, cui libert. causa II (564) 574.
XIII	pr.	de obligat. III (566) 4.
XIV	pr.	quib. mod. re contrah. III (623) 385.
—	2	— III (629) 412.
—	3	— III (630) 414.
—	ult.	— III (931) 423.

Tit.	§.	
XV	6	de verbor. oblig. I (93) 131. 132.
—	ult.	— III (614) 387.
XVI	pr. u. §. 1	de duob. reis stipul. III (573) 60.
XIX	3*	de inutil. stipul. III (608) 296. 297.
—	4	— I (238) 444.
—	6	— I (231) 431.
XX	4	de fidejuss. III (573) 72.
XXIV	3	de locat. et cond. I (358) 790. III (647) 462.
XXV	1*	de societate III (651) 470 (655) 483.
—	2*	— III (651) 470 ff. 475.
—	9	— III (652) 477.
XXVI	6*	de mandat. III (659) 492.
—	8	— III (660) 495.
—	9. 10. 11*	— III (662) 500.
XXVIII	3	de oblig. quasi ex contr. III (657) 485.
—	5*	— II (504) 341.
XXIX	1	quib. mod. obl. toll. III (621) 381.
—	3*	— III (619) 367.
—	4	— III (621) 382.

Lib. 4.

I	8*	de oblig. quae ex delicto III (572) 53.
—	ult.	— III (679) 569.
II	pr.	de vi bon. raptor. III (680) 576.
III	10*	de lege Aquil. III (681) 584.
—	12	— III (681) 577.
—	ult*	— III (681) 578 583 ff.
IV	10	de injuriis III (701) 632.
V	1	de obl. quae quasi ex del. nasc. III (704) 633.
VI	1	de actionib. I (136) 192.
VI	2*	de actionib. I (332) 651 ff. (342) 731 (353) 768.
—	4	— I (335) 663.
—	6*	— I (177) 301.
—	7*	— I (363) 797 (389) 886 (390) 897.
—	8 / 9	— III (672) 520.
—	13*	— I (113) 167. 168 (137) 193.
—	14	— III (679) 569.
—	16-18	— I (142) 212.
—	20*	— I (136) 193.
—	28. 29	— I (139) 196. 197.
—	28*	— III (599) 239.
—	30*	— I (139) 197 ff. III (618) 349 ff. 356. 363.
—	31	— I (140) 209.
—	33*	— I (186) 322.
—	38*	— I (174) 293.
VII	1. 2	quod cum eo, qui in al. pot. III (661) 496.
—	3	— I (242) 450.
—	4	— I (243) 451.
—	4. 5	— I (244) 452.
—	8	— I (240) 446 III (661) 498.
—	ult.*	— I (240) 447.
IX	pr.*	si quadrup. pauper. III (689) 596. 597 ff.
—	1*	— III (689) 598.
XII	1*	de perpet. et temp. act. I (145) 213 ff.
XIII	3	de except. III (621) 381.
XIV	4*	de replicat. III (578) 137 ff.
XV	1	de interdict. I (141) 210.
—	2	— I (141) 211.
—	3*	— I (390) 897. II (505) 344 (509) 360.
—	6	— III (690) 601.
—	7. 8	— I (141) 211.
XVII	5*	de offic. jud. I (333) 656.

Digeſten.

Lib. 1.

Tit. lex.

III 4 } de legib. SCtis et de longa
— 5 } cons. I (25) 57.
— 8

— 12* } — I (25) 55.
— 13*

— 14 — I (25) 55.
— 20* 21* — I (24) 53.
— 22 — I (24) 50.
— 29. 30 — I (24) 54.
— 32* — I (16) 42 ff.
— 35 — I (14) 40.
— 39 — I (16) 42.
V 7 de statu hominum I (32) 64.
— 8 } — I (36) 81.
— 10 }
— 12* — I (32) 66 (35) 80 (194) 331 ff.
— 14 — I (32) 66.
— 23 — I (35) 80.
VI 6 de his, qui sui vel al. jur. sunt I (35) 80.
VII 1 pr. de adoptionib. I (250) 463.
— 1 § 1 — I (248) 459.
— 2 pr. u. § 2 — I (251) 466.
— 5 — I (249) 460.
— 8* — I (263) 489.
— 23 — I (250) 463.
— 25 § 1 — I (249) 460.
— 27. 35 — I (250) 463.
— 41* — I (249) 461.
VIII 1 pr. de rer. divis. II (394) 6.
— 4 § 1 — I (66) 103.
— 6 § 1* — I (54) 95.

Lib. 2.

I 7 pr. de jurisdict. III (703) 632.
IV 5 si quis in jus vocat. I (35) 80.
VII 5 § 1 } ne quis eum, qui in jus
— 5 § 4 } vocat. III (695) 618.

Tit. lex.

VIII 12 qui satisdare cog. II (435) 128.
— 15 pr. u. § 1* — I (200) 355.
X 1 § 6 de eo, per quem fact. erit III (695) 618. 619.
— 3 pr. — III (695) 618.
— 3 § 1* — I (177) 300.
XII 8 de feriis I (194) 331.
XIII 1 § 3 de edendo III (708) 641.
— 4 pr.* — III (708) 643.
— 6 § 8* — III (708) 643.
— 9 pr.* — III (708) 642.
XIV 1 § 2 u. 3 de pactis III (596) 230.
— 7* — III (599) 232. 236.
— 10 pr.* — III (583) 173 ff.
— 16 pr. — III (574) 100.
— 17 § 1 — III (621) 382.
— 21 § 5* — III (573) 94.
— 23* — III (573) 94. (608) 301.
— 25 pr.* — III (573) 95.
— 27 pr.* — III (573) 89 ff. 95 ff.
— 27 § 2* — I (126) 183. III (578) 139 ff.
— 28 § 2 — III (575) 116.
— 36* — III (591) 207.
— 39 — I (102) 159.
— 45* — III (599) 237.
— 48* — III (599) 237.
— 57 § 1* — III (575) 116.
— 61* — I (299) 550.
— 62* — III (575) 139 ff.
XV 1 de transact. III (668) 512.
— 3 pr.* — II (457) 194 ff.
— 6 — III (668) 512.
— 8 pr. — III (668) 512. II (552) 532.
— 14* — II (457) 194 ff.

Lib. 3.

I 1 § 3 de postul. I (196) 340.
II 1 de his, qui notantur inf. I (47) 85.

Tit. lex.
II 6§7* de his qui notantur inf. I (47) 87.
— 11§2* — I (227) 428.
— 13§8* — I (47) 86.
III 51* de procurat. I (183) 314. 315.
— 68* — III (608) 299.
IV 1 pr. §1 quod cujuscunque universit. nom. I (54) 74.
— 7§2 — I (54) 95.
V 1. 3 pr. de negot. gest. III (664) 502.
— 3§4* — I (279) 518 ff.
— 6§3* — III (664) 506.
— 7* — I (139) 198.
— 9* — III (664) 508 ff.
— 10§1 — III (664) 502. 503.
— 11 fin* — III (571) 35.
— 39* — III (664) 510.
V 47§1 de negot. gest. I (138) 194.
— 49* — III (664) 504 ff.
VI 1 pr. de calumniatorib. III (694) 617.
— 4. 5 pr. — III (694) 617.
— 5§1* — III (694) 617. 618.
— 6* — I (180) 309.
VIII 3* de succ. libert. II (486) 298.

Lib. 4.

I 1 u. 2 de in integr. rest. I (178) 299.
— 3 — I (181) 312.
— 4* — I (176) 299.
— 6* — I (179) 306.
— 7 pr* u. §1* — I (177) 300. (185) 321.
— 8* — I (188) 329.
II 1 pr. quod metus causa III (692) 614.
— 1 — I (82) 116. (185) 317.
— 5. 6. 9 pr. §1 — I (82) 116.
— 6§7* — I (185) 320.
Tit. lex.
II 9 pr* quod metus causa I (207) 379.
— 9§1* — I (55) 97.
— 9§3* u. 4* — I (185) 317. 320 III (692) 614.
— 9§8* — I (136) 193. III (692) 615.
— 13 — I (133) 188.
— 14§1. 2. 3 — III (692) 615.
— 14§11* — III (588) 200.
— 16§2 — III (692) 615.
— 21§3 — III (605) 281.
— 21§4* — III (605) 280.
— 21§5* — I (185) 320. III (605) 280.
— 21§6 — I (185) 320.
III 1 § 1 de dolo malo III (693) 616.
— 1§6* — I (185) 321 III (605) 277 ff.
— 7* — I (153) 240. 241.
— 7§6* — III (693) 616.
— 9§ult.
— 10
— 11
— 15§1* — I (55) 97 ff.
— 15§3 — III (693) 616.
— 19* — III (578) 137.
— 31* — I (209) 381.
— 36 — III (693) 616.
IV 1§1 de minorib. I (183) 313.
— 3§3* — I (196) 339 (197) 342.
— 3§4* — I (183) 313 ff. 315 (234) 433.
— 11§4 u. 5 — I (177) 302.
— 12* — I (177) 300.
— 13 pr* — I (183) 314 ff.
— 13§1 — I (181) 312.
— 16 pr — I (177) 302.
— 16§1* — III (605) 278.
— 16§2* — I (177) 303.
— 20 pr* — I (177) 305. 306.
— 22* — II (539) 502.

Tit. lex.

IV 31* de minorib. II (539) 501.
— 39 pr. — I (181) 312.
V 2 pr de capite minutis I (187) 324.
— 2 § 1 — I (187) 323.
— 3 pr* — I (34) 75 ff.
— 7* — I (34) 75. (288) 524 ff.
— 8* — I (34) 79.
— 10. 11* — I (34) 72 ff.
VI 1 § 1* ex quib. caus. major. I (188) 325 ff.
— 16 — I (177) 301.
— 26 § 9* — I (188) 325 ff.
— 39* — I (188) 329.
VII 1 pr. de alienat. jud. mut. csa. III (696) 619.
— 3 § 3* — III (676) 535.
— 4 § ult. — 5 — 6 — 7 — III (696) 619.
VIII 11 § 1—5 de recept. qui arb. III (670) 517.
— 17 § 5—7 — III (670) 518.
— 27 § 2 — III (670) 518.
— 27 § 3 u. ult. — III (670) 517.
— 34 pr* — III (573) 96 ff.
IX 1 pr. naut. caut. stab. ut rec. restit. III (648) 463.
— 1 § 1* — III (648) 464.
— 1 § 4* — III (648) 466.
— 3 § 1 — III (648) 463.

Lib. 5.

I 4 de judiciis I (231) 431.
— 11 — I (231) 431.
— 15 § 1 — III (699) 629.
— 23 — I (160) 250.
— 57 — I (239) 445.
— 66 — I (102) 158.
II 2* — 4* de inoffic. test. II (467) 218.
— 6 § 1* — II (479) 268 ff.

Tit. lex.

II 8 § 5* de inoffic. test. II (453) 180 ff.
— 8 § 8* — II (475) 257. (479) 267.
— 8 § 10* — II (481) 275.
— 8 § 11* — II (536) 492.
— 8 § 12* — II (481) 276.
— 8 § 13* — II (478) 263 ff.
— 8 § 14 — II (479) 271.
— 8 § 15* — I (252) 468 ff.
— 13* — II (479) 270. (527) 448.
— 14* — II (480) 273.
— 17 pr* — II (480) 271 ff.
— 19* — II (478) 263 ff. (479) 267 ff.
— 20* — II (512) 369.
— 21 § 2* — III (618) 354.
— 23 § 2* — II (480) 271 ff.
— 27 § 4* — II (479) 270.
— 28* — II (479) 270.
— 30* — II (474) 252.
— 31 pr* — II (480) 271. 273. 274.
— 31 § 2* — II (481) 275.
— 32 § 1* — II (481) 275.
III 9* de H. P. II (505) 344.
— 11* — II (505) 344.
— 11 § 1* — 12* — 13 pr* — II (505) 344 ff.
— 13 § 4* — II (508) 352.
— 13 § 11* — II (505) 345 ff.
— 13 § 13* — I (332) 648.
— 17* — II (508) 356 ff.
— 19 § 1 — II (508) 350.
— 20 § 5* — III (689) 599 ff.
— 20 § 6* — I (160) 253. (320) 595. II (506) 347 ff.
— 20 § 7* — II (564) 572.
— 20 § 10* — I (71) 107.
— 20 § 11* — I (160) 253.
— 20 § 18* — II (508) 356 ff.

Tit. lex.
III 22*25* de H. P. I (71) 107 II (506) 348.
— 25§6* — I (83) 122.
— 25§7* — I (160) 253.
— 25§11* — I (125) 182.
— 25§17* — II (508) 351 ff.
— 28 — II (506) 348.
— 31§1* — III (618) 351 ff. 383.
— 31§2* — III (618) 354.
— 38* — I (329) 634. III (618) 354.
— 40 — II (506) 348.
— 40pr* — I (333) 654.
— 45* — I (332) 648.
— 49* — II (508) 353.
— 50§1* — III (664) 505.
— 54pr* — II (564) 572 ff.
— 58* — III (618) 354.
IV 3 si pars. heredit. pet. I (32) 65.
— 5§1 — II (498) 337.

Lib. C.

I 1§2 de R. V. I (246) 458.
— 1§3 — I (332) 641.
— 5§1* — I (310) 565.
— 8 — I (332) 641.
— 9* — I (332) 640. 647.
— 16pr* — I (333) 654.
— 23pr. — I (332) 640.
— 23§2, 3 u. 5 I (330) 638.
— 23§5* — III (707) 639.
— 23§7* — I (204) 374. 375.
— 24 — I (332) 643.
— 27pr* — I (332) 647.
— 27§1* — I (332) 649.
— 35§3 — I (332) 641.
— 37* — I (329) 634 ff.
— 41* — I (96) 153 ff. (332) 644.
— 46, — 47* — I (332) 649.
— 48* — III (618) 354.
Tit. lex.
I 56 de R. V. I (332) 641.
— 60* — III (571) 37.
— 61* — I (310) 565.
— 62* — I (333) 654. 658.
— 68* — I (140) 209. (171) 266 ff. (333) 653.
— 69. 70* — I (332) 649.
— 71 — I (333) 653.
— 76* — I (333) 659.
— ult* — I (332) 647.
II 1* de Public. in rem act. I (335) 663 ff.
— 1§2* — II (561) 560.
— 3§1*, — 5*, — 7pr* — I (320) 599 ff.
— 7§2* — I (335) 667.
— 7§4* — I (335) 666.
— 7§7* — I (335) 665.
— 7§8* — I (332) 645. (335) 663 ff. 671.
— 7§17* — I (335) 668.
— 8* — I (320) 579. (335) 667.
— 9§4* — I (335) 670.
— 9§5* — I (335) 664.
— 11§1* — I (354) 776. (339) 703. 704.
— 11§3* — I (335) 668.
— 12§2* — I (335) 666. (360) 793.
— 12§5* — I (196) 336.
— 13pr. — I (335) 663.
— 13§2* — I (335) 667.
III 1, — 2, — 3 si ager vectigal. I (358) 789. 790.

Lib. 7.

I 1 de usufructu I (343) 733.
— 9§7* — I (344) 735 ff.
— 12§5* — I (301) 557. 558.
— 18§2* — III (681) 582.
— 13§4 u. 5 I (344) 734.

Tit. lex.

I 13§5* de usufructu I (344) 736 ff.
— 15§4 u. 5 if. — I (338) 686
— 16 (347) 743.
— 21
— 22* — I (236) 437.
— 25§7* — I (350) 751 ff.
— 30* — I (342) 723.
— 33§1* — I (173) 284.
— 48* — I (344) 736.
— 58 — I (344) 734.
— 59§1 — I (344) 733.
— 69. 70§1* — I (301) 556.
II 4 de usufr. accresc. II (554) 534.
— 7* — II (523) 427.
— 10* — II (554) 539 ff.
— 11 — II (547) 520 ff.
III 1 pr* quando dies usufr. ced. II (554) 334 ff.
IV 3§2* quib. mod. usufr. amitt. II (554) 538.
— 4 — I (344) 739.
— 7§4 — II (436) 132.
— 13 — I (344) 733.
— 29§2 — I (344) 739.
— ult.* — II (553) 533.
V 1 de usufr. ear. rer. quae usu cons. I (347) 743.
— 3 — I (348) 744.
— 5§2 — I (348) 746.
VI 1 pr* si usufr. petat. I (338) 695.
— 5 pr* — I (353) 767 ff.
— 5§1 — I (338) 695.
VIII 2 de usu et habit. I (348) 745.
— 8 — I (348) 745.
— 10 pr. — I (349) 750.
— 12 — I (348) 745.
— 14§1* — I (348) 746 ff.
— 14§2 u. 3* — I (348) 747.
— 18. 19. 22 — I (349) 745. 746.
— 19* — II (554) 541.

Tit. lex.

IX 5§1 usufructuar. quemadm. cav. I (348) 746.
— 5§2* — I (348) 749.
— 9 pr* — I (344) 739.
— 9§3 — I (347) 744.

Lib. 8.

I 1* de servit. I (342) 712.
— 2* — I (340) 700.
— 3 — I (339) 700.
— 4* — I (340) 706. 711.
— 5§1* — I (340) 715.
— 7* — I (340) 715.
— 8 pr* — I (340) 707.
— 9* — I (340) 706. (341) 720.
— 11 — I (340) 706.
— 14 pr* — I (351) 760 ff.
— 15 pr. u. §1 I (338) 685. 686.
— 19* — I (338) 686. 695 ff.
— 20* — I (210) 382 (350) 755 ff. (355) 779 ff.
II 2* de S. P. U. I (342) 728. 729
— 4* — I (342) 723 ff.
— 6 — I (357) 784.
— 10* — I (342) 723.
— 11* — I (342) 723. 726.
— 18* — III (578) 565.
— 26* (27) — I (338) 686.
— 28* — I (340) 705 ff.
— 32§1* — I (342) 730. (357) 785.
— 38* 39* — I (340) 709.
— 40* — I (342) 722 ff.
III 2* de S. P. R. I (339) 704.
— 5§1* — I (340) 705. ff.
— 6 pr* — I (339) 698.
— 7* — I (341) 720.
— 9* — I (340) 706. 711.
— 13§1* — I (340) 717.
— 18* — I (339) 704.
— 23§3* — I (340) 714 ff.
— 24 — I (340) 705.
— 25* — I (340) 714.

Tit. lex.
III 26* de S. P. R. I (341) 720 ff.
— 28* — I (340) 715.
— 32 — I (340) 706.
— 33 § 1* — I (338) 694 (340) 708.
— 38. 39* — I (340) 709.
IV 2* commun. praed. I (340) 711.
— 3* — I (350) 760.
— 6 pr* — I (340) 709.
— 6 § 3* — III (610) 321.
— 7* — I (388) 687. (339) 704.
— 13 § 1* — I (340) 716.
— 14* — I (339) 704.
— 18* — I (340) 712.
V 2 pr* si servit. vindic. I (353) 767 ff.
— 4 § 1* — I (341) 718.
— 4 § 3* u. 4* — III (567) 8. II (479) 269.
— 4 § 7* — I (342) 730.
— 8 § 3* — I (353) 773 ff.
— 8 § 5* — I (355) 781.
— 10 pr* — I (351) 763 ff.
— 17 pr* — I (297) 547.
— 19 pr* — I (351) 761.
VI 2* quemadm. servit. amitt. I (341) 720.
— 10 pr* — I (317) 583.
— 14 § 1 — I (397) 547.

Lib. 9.

I 1 pr. § 1. 2 si quadrupes pauper. III (689) 595. 596.
— 1 § 3* — III (571) 38.
— 1 § 7 — III (689) 596.
— 1 § 10* — III (689) 597.
— 1 § 11* — III (689) 597.
— 1 § 12. 13 — III (689) 596.
— 4 — III (689) 596. (571) 38.
II 2 pr* ad legem Aquil. III (681) 577 ff.
— 5 § 1 — III (701) 631.
Tit. lex.
II 5 § 2* ad legem Aquil. III (571) 36 ff. 38.
— 5 § ult. — III (681) 592.
— 7 § 1 u. 6* — III (681) 581.
— 11 § 2* — III (681) 585.
— 11 § 3* — III (681) 585 ff.
— 12 — III (681) 580.
— 13 pr* — III (681) 583.
— 15 § 1* — III (681) 586 ff.
— 17 pr. — III (681) 580.
— 21 § 2* — III (681) 585.
— 22 pr* — III (614) 344.
— 23 § 2* — II (435) 122.
— 26 § 1 — I (355) 782.
— 27 § 4* — III (681) 577.
— 27 § 5* — III (681) 578. 579 ff.
— 27 § 14 u. 20 — III (681) 583.
— 27 § 29* — III (681) 592.
— 29 § 3 — III (571) 41.
— 30 § 2* — III (681) 583.
— 33 pr* — I (83) 124.
— 33 § 1* — III (571) 37. 46. (681) 578. 583.
— 44 pr* — I (107) 164. III (681) 578.
— 51* — III (681) 586 ff.
— 52 pr* — III (571) 39.
— 55* — III (569) 23 ff.
III 1 pr* de his, qui effud. III (689) 600. (704) 633.
— 4* — III (573) 73.
— 5 § 5 — III (704) 633.
— 5 § 6* — III (689) 600. (705) 633. 634.
— 5 § 12 — III (705) 634.
— 5 § 13 — III (705) 634.
IV 1 pr* de noxal. act. III (689) 599.

Lib. 10.

I 1* fin. regund. III (658) 490.
— 2 § 1* — III (658) 490. 491.

Tit. lex.
I 4 § 2* fin. regund. III (658) 491.
— 13* — I (297) 547.
II 1 § 1 fam. hercisc. II (514) 374.
— 2 § 4* — II (514) 374.
— 12 § 2* — I (95) 145 ff.
— 12 § 3* — I (310) 567.
— 15* — I (344) 738.
— 25 § 3 u. 4* — II (514) 576.
— 25 § 9 u. 10* — III (567) 8.
— 25 § 16 — III (657) 485.
— 25 § 17* — II (549) 525.
— 27* — II (514) 375.
— 29* — I (365) 803 ff. (379) 857.
— 36* — III (625) 394.
— 37* — II (514) 375.
— 56* — III (658) 491.
III 7 § 12* u. 13* comm. divid. I (365) 804.
— 14* — III (658) 486. 487.
— 14 § 1 — III (664) 504.
— 19 pr* — I (329) 636.
— 19 § 4* — I (340) 714.
— 29 pr. — III (658) 487. (664) 504.
IV 1* ad exhibendum III (707) 638.
— 2 — III (707) 636.
— 3 § 6* — III (707) 639.
— 3 § 9* — III (707) 638.
— 3 § 14* — III (707) 638. (708) 643.
— 3 § 15* — I (199) 350 ff. III (707) 637.
— 5 § 3* — III (707) 640.
— 7 § 1* — I (204) 372.
— 9 § 5* — III (707) 636.
— 12 pr* — I (113) 168. III (707) 637.
— 12 § 3* — I (310) 567.
— 12 § 6* — III (707) 637.
— 13* — III (707) 636.
— 19* — I (24) 54. III (707) 636. 638.

Tit. lex.

Lib. 11.

I 2 § 1 de interrog. in jure fac. I (158) 245.
— 21 — I (158) 245.
III 1 pr. de servo corrupto III (698) 628.
— 11 § 2* — III (572) 55.
— 13 pr. — III (698) 628.
— 13 § 1* 14* — II (508) 351.
— 14 § 1* — III (698) 628. 629
V 1 de aleatorib. III (673) 521.
— 2 § 1 — III (673) 521. 522 ff.
VI 1 pr. si mensor. fals. modum III (700) 630.
— 1 § 1* — I (107) 163. III (700) 630.
— 3 § 5, — 4 — III (700) 630.
VII 2 § 2 de religios. III (686) 594.
— 9* — I (145) 214.
— 11* — I (299) 550.
— 12 § 2 u. 3 — III (667) 511.
— 12 § 4 — III (710) 646.
— 14 § 1* — III (594) 223.
— 14 § 11* — III (664) 505.
— 14 § 12. 13 — III (667) 511.
— 16, — 21, — 22, — 23, — 28 — III (710) 646. 647.
— 32 pr* — III (664) 505.
— 45* — III (594) 223 ff.

Lib. 12.

I 2 § 1 de R. C. I (68) 104.
— 4 § 2* — III (628) 412.
— 5* — III (588) 185 ff. 188. 193.
— 8* — I (95) 146 ff.
— 9 pr* — I (139) 207 ff.
— 9 § 1* — I (139) 203.

Tit. lex.
I 9 § 9 de R. C. III (630) 422.
— 10* — III (630) 422.
— 11 pr. — III (623) 388.
— 14 — I (245) 454.
— 15* — III (623) 387 ff.
— 18 — I (121) 177. (311) 573 ff.
— 23* — III (628) 412.
— 27 — III (623) 386.
— 32* — III (623) 387 ff.
— 40* — III (618) 360.
II 2 de jurejurando III (671) 519.
— 3 pr. — III (671) 519.
— 5 § 4 — III (671) 519.
— 13 § 1* — I (320) 600.
— 27 — III (671) 519.
— 28 § 10 — III (671) 519.
— 40 — III (671) 519.
— 42 pr* — I (279) 517.
— 42 § 3* — I (173) 287.
III 1* de in litem jur. I (171) 268.
— 2 § 1 — I (140) 209.
— 4 § 2* — I (171) 266.
— 5* — I (171) 266 ff.
— 8* — I (171) 268.
IV 1 § 1 de cond. causa data c. n. s. III (599) 241.
— 3 § 2* u. 3* — III (599) 240 ff.
— 3 § 4* — III (591) 209.
— 3 § 7* — III (604) 272. (626) 406.
— 5 pr* § 1 u. 2 — III (599) 241 ff.
— 14* — III (625) 401 ff. (626) 407.
— 16* — III (591) 210.
V 1 § 1 de cond. ob turp. vel inj. caus. III (626) 406.
— 1 § ult. — 3 — III (627) 408.
— 4 § 3 — III (627) 408.
— 6* 7* — III (627) 409.
VI 1 de condict. indeb. III (625) 396. 397.
— 5* — II (539) 501.
Tit. lex.
VI 7* de condict. indeb. III (625) 405.
— 10* — III (625) 393.
— 11* — III (625) 395 ff.
— 13 pr* — I (364) 801.
— 13 § 1* — 14* — I (279) 517.
— 19* — I (133) 189. III (574) 111.
— 23 § 1* — III (668) 512. 513.
— 23 § 3* — III (626) 408.
— 26 pr* — I (76) 110 ff.
— 26 § 2* — I (76) 111.
— 26 § 3 u. 13* — III (567) 13. (569) 17. (625) 391.
— 28* — I (173) 276.
— 29* — III (628) 410.
— 32 § 2* — III (625) 392.
— 32 § 3 — III (625) 391.
— 33 — III (625) 391.
— 38 § 1 u. 2 — I (231) 431.
— 41* — I (279) 515 ff.
— 42* — III (625) 393.
— 44* — III (625) 395.
— 51* — III (625) 393.
— 52 — III (624) 390.
— 58* — II (434) 107.
— 60* — I (173) 274 ff.
— 64 — III (625) 391.
— 65 pr. — III (624) 390.
— 65 § 1* — III (625) 393.
— 65 § 2* — III (604) 272.
— 65 § ult. — III (625) 391. 394.
VII 1 § 2 de condict. sine causa III (628) 409. 410.
— 1 § 3 — III (624) 390.

Lib. 13.

I 1 de condict. furt. III (679) 569.
— 4* — III (679) 574.
— 7 § 1* — III (679) 569. (707) 641.
— 7 § 2* — III (588) 200.

Tit. lex.
VII 8§1* de condict. furt. III (588) 200.
— 12§2 — III (679) 569.
— 17* — III (619) 373.
— 18* — III (625) 398.
— 16* } — III (588) 200.
— 20* }
II unic* de condict. ex lege I (139) 202.
III 1pr* de cond. triticaria I (139) 207.
— 3* — I (160) 255.
— 4* — III (588) 189.
IV 2§3* de eo quod certo loco III (569) 20.
— 2§8* — III (571) 44 ff.
V 1§1 de pecunia constit. III (672) 520.
— 1§4 — I (101) 158
— 5§2 — III (672) 520.
— 11§1* — III (578) 135.
— 16§2 — III (672) 520. (591) 207.
— 18§1 — III (579) 144. (672) 520.
— 18§3* — III (579) 144.
VI 1pr.§1* commodata III (629) 413.
— 3§2* — I (160) 255. (171) 267.
— 3§ult.4 — III (629) 412.
— 5§2* — I (107) 162.
— 5§3 — III (639) 446.
— 5§7*u.8* — III (691) 613.
— 7§1* — III (681) 589.
— 17§3* — I (147) 228. III (629) 413.
— 18§1 — III (631) 588.
VII 4 de pignoratit. act. I (379) 857.
— 6pr. — I (379) 856.
— 8§5 — I (370) 822.
— 9§3* — I (147) 228.
— 11§3* — I (382) 864.

Tit. lex.
VII 11§5* de pignoratit. act. I (376) 849 ff. III (582) 164.
— 13pr* — I (96) 154.
— 13§1* — I (107) 162.
— 18pr. — I (368) 812.
— 18§2* — I (370) 825 ff.
— 21 — I (370) 822.
— 22§2* — I (326) 624.
— 23 — I (373) 839.
— 24§1* — III (570) 33.
— 40§2 — I (368) 812.
— 41* — I (372) 830. 834 ff.

Lib. 14.

I 1§17* de exercit. act. III (661) 499.
— 4pr* — III (653) 478.
— 4§1* — III (653) 479.
— 5§1* — III (661) 499.
II 1 de lege Rhod. de jactu III (649) 466.
— 2pr. — III (649) 466.
— 10§1* — III (571) 40.
III 5§10* de institor. act. III (661) 497 ff.
— 13pr* — III (661) 496.
— 13§2* — III (653) 480.
— 14* — III (653) 479.
— 17§2u.3 — III (661) 496. 497.
— 20* — III (661) 499.
IV 1 de tributoria act. I (242) 450.
— 5pr. — III (608) 299.
— 5§6u.7 — I (242) 450.
— 5§15 } — I (242) 450.
— 5§ult. }
— 6
— 9§1 — I (244) 453.
V 1.2pr* quod cum eo, qui in al. potest. I (34) 78. (239) 445. (240) 447.
VI 1 de SCto Macedon. I (245) 453.
— 3§ult. — I (245) 453.

Tit. lex.
VI 7§ult* de SCto. Macedon. I (245) 455.
— 9* — I (245) 454. 455.
— 10, — 11, — 12, — 20 — I (245) 454.

Lib. 15.

I 3§11 de peculio I (160) 248. (241) 449.
— 3§12 — I (241) 449.
— 4pr.§2, — 8 — I (233) 432.
— 10 — I (241) 449.
— 27§1*, — 28* — III (653) 480.
— 29§1 — I (241) 449.
— 30 — I (241) 449.
— 30pr* — I (160) 252.
— 30§4* — I (173) 288.
— 40* — I (234) 433.
— 44, — 45 — I (239) 445.
— 47pr — I (241) 449.
— 52 — I (241) 449.
III 3§2 de in rem verso I (243) 451.
— 3§7—9 — I (243) 452.
— 10§6 — I (243) 452.
IV 1pr* quod jussu I (240) 446 ff.
— 1§5 — I (240) 446.
— 1§4—6* — I (240) 447 ff.
— 5pr* — I (240) 448.

Lib. 16.

I 2pr.§1 ad SCtum Vellej. III (581) 146. 160.
— 4§1 — III (581) 149.
— 5* — III (577) 129.
— 6§1* — III (577) 130.
— 8§2* — III (581) 148.
— 8§5* — III (581) 149.

Tit. lex.
I 8§14* ad SCtum Vellej. III (577) 131.
— 16§1* — III (578) 138.
— 17§2* — III (581) 148.
— 19pr* — III (577) 130.
— 19§5* — III (581) 151 ff.
— 21§1* — III (581) 149.
— 30*, — 31* — III (581) 153.
— 32§2* — III (577) 129.
— 34§4* — III (581) 153 ff.
II 1 de compensat. III (618) 348.
— 3* — III (618) 348. 349.
— 4* — III (618) 356.
— 7§1* — I (173) 279. III (618) 358.
— 10§2* — III (679) 574.
— 21* — III (618) 349. 357.
III 1§1 depositi III (630) 414.
— 1§22* I (147) 227.
— 1§34* III (630) 422.
— 6 III (630) 413.
— 7§2* u. 3* III (594) 225 ff. (630) 421.
— 8* III (594) 225 ff.
— 12§3* I (160) 254.
— 13§1* I (147) 227.
— 17pr. III (630) 413.
— 17§1 I (200) 357. 360.
— 18* III (630) 413.
— 24* III (630) 419 ff.
— 25§1* III (630) 417. 419.
— 26§1* III (630) 417 ff.
— 28* III (630) 418.
— 29§1* III (630) 418.

Lib. 17.

I 1§4 mandati III (659) 492.
— 2* — III (659) 492.
— 6§5* — III (659) 493 ff.
— 17* — I (160) 250.
— 26§6 — III (660) 495.

Tit. lex.
I 27§1* mandati III (662) 501.
— 29§4* — I (139) 197. 198.
— 33* — III (578) 135.
— 34 pr* — III (623) 386 ff.
— 49* — I (311) 571. III (604) 270 ff.
— 54* — III (571) 46 ff.
— 57* — I (335) 669 ff.
— 58§1* — III (583) 172 ff.
— 60§2 — III (660) 495.
II 1§1, — 2, — 3pr. pro socio III (656) 484.
— 3§3* — III (605) 278.
— 6* — III (655) 483 ff.
— 14 — III (654) 481.
— 17§1* — III (654) 481. 482.
— 23§1 — III (571) 35.
— 26§6 — III (660) 495.
— 27 — III (656) 484.
— 27§1* — III (662) 501.
— 29pr* — III (651) 470. (655) 483. 484.
— 29§1* — III (651) 469.
— 29§2* — III (651) 469 ff.
— 30* — III (571) 35. (651) 471 ff.
— 31, — 34 — III (657) 485.
— 52§2* — III (651) 475.
— 52§4 — III (652) 477.
— 58pr* — III (651) 473.
— 58§1* — III (651) 474.
— 60pr. — III (652) 476.
— 60§2 — III (660) 495.
— 63* — I (173) 294.
— 63pr* — I (174) 293.
— 63§10, — 65pr. — III (654) 481.
— 65§3 — III (654) 481.
— 67§1 — III (652) 476.
— 69* — III (652) 477.
— 73 — III (656) 484. 485.

Tit. lex.
II 80* pro socio III (655) 483 ff.
— 82* — III (653) 480.
— 83* — I (329) 636.
— 84* — III (608) 290.

Lib. 18.

I 1§1 de contrah. emt. III (632) 424.
— 2pr. — I (231) 431.
— 2§1 — III (632) 424.
— 6§1* — I (96) 155.
— 8 — III (632) 424.
— 9 — III (604) 260. 265 ff.
— 9pr* — III (604) 273.
— 10* — III (604) 260. 265.
— 13 — III (608) 300.
— 14* — III (604) 265.
— 15pr* — III (604) 262.
— 15§1* — I (83) 120.
— 25§1 — III (633) 429.
— 34* — III (604) 261 ff. 263 ff.
— 35pr. — III (613) 336.
— 35§5* u. 7* — III (635) 430 ff.
— 36 — I (85) 127.
— 38* — III (632) 427.
— 39§1* — III (632) 426 ff.
— 41pr. — I (98) 156.
— 41§1 — III (604) 265.
— 45* — III (604) 265.
— 57* 58* — III (604) 262. 273.
— 59* — III (610) 318.
— 62§1 — I (109) 165.
— 65* — III (632) 428. 429.
— 66pr* — III (610) 319.
— 74 — I (203) 363.
— 81pr* — I (383) 868 ff.
II 1 de in diem addict. III (637) 444.
— 4§3* — I (96) 152 ff.

Tit. lex.
II 4§4* } de in diem addict. I
— 16* } (96) 155.
III 1 de lege commissoria III (637) 444.
— 4pr* } — I (96) 155.
— 5 }
— 6pr. — III (613) 336.
— 8* — I (96) 154.
IV 2pr* de heredit. vel act. vend. II (517) 397. III (575) 117.
— 2§1*4* — II (494) 315.
— 2§7* — II (508) 356.
— 8. 9 — I (109) 165.
— 21* — III (635) 440.
V 5§2* de rescind. vendit. III (591) 211.
— 7§1 — I (279) 518 ff.
VI 1§3 de peric. et commod. rei vend. III (617) 347.
— 4pr* — III (635) 436.
— 8* — III (591) 213 ff. I (95) 141 ff.
— 8pr* — III (635) 430.
— 8§2* — I (344) 738.
— 10§1* — III (635) 431.
— 12* } — III (591) 208 ff.
— 14* }
— 10* — III (571) 42.

Lib. 19.

I 1pr* de act. emt. vend. I (171) 267.
— 3§1* — I (139) 199.
— 3§ult* — III (588) 185.
— 11§2 — III (633) 429.
— 11§3* — III (609) 306 ff.
— 11§4* — III (609) 309.
— 11§5* — III (605) 275.
— 12* — III (471) 41.
— 13§4* — III (605) 275.
— 13§8* — I (368) 813. 814. III (607) 285.
— 21§2* — III (604) 267 ff.

Tit. lex.
I 21§3* de act. emt. vend. III (571) 42 ff.
— 25* — III (607) 283.
— 30pr* — III (679) 574.
— 30§1 — III (633) 429.
— 31§2* — I (335) 670 ff.
— 43* 44* — III (571) 48 ff.
— 50* — I (133) 189.
II 1* locati cond. III (640) 447. (643) 452.
— 2pr. — III (640) 446. 447.
— 4* — III (691) 612.
— 9pr. — III (641) 447.
— 13§11* — III (644) 456 ff.
— 14 — III (644) 455.
— 15§4* — I (359) 792.
— 15§6* — III (591) 214. 215.
— 15§7* — III (641) 450.
— 19§1 — III (641) 448.
— 19§9* u. 10* III (591) 215 ff.
— 25§6* — III (640) 447. (641) 449.
— 31* — III (630) 416 ff. (646) 461.
— 33* — III (591) 208 ff. (641) 447 ff.
— 34 } — III (641) 448.
— 35 }
— 36 } — III (645) 460.
— 37 } 461.
— 47* — III (573) 75.
— 52* — III (604) 262.
— 62 — III (645) 461.
III 1pr* de aestim. III (599) 238.
— 1§1 — III (639) 445. 446.
IV 1 de rer. permut. III (638) 445.
— 1§2* — III (599) 237.
V 1pr* de praescript. verb. I (138) 194. III (599) 235.
— 1§1 — III (649) 466.
— 2 — I (138) 194.
— 5* — III (599) 232 ff.

Tit. lex.
V 5 § 1* de praescript. vèrb. III (591) 209. (599) 238.
— 7* — III (625) 405.
— 8* — III (599) 237.
— 11* — I (138) 194. III (681) 578.
— 13 § 1* — III (651) 473 ff.
— 14 § 1 — III (572) 54.
— 14 § 3 — III (689) 596.
— 17 pr. — III (629) 413.
— 17 § 1* — III (639) 446.
— 17 § 2* — I (107) 162.
— 17 § ult* — III (673) 521. 522 ff.
— 21 — I (138) 194.
— 22 — III (650) 467.
— 25* — III (625) 404 ff.

Lib. 20.

I 1 pr. de pignorib. I (372) 834.
— 1 § 2* — I (160) 257. (370) 825 ff. (326) 621.
— 3* — I (173) 286 ff.
— 5* — I (363) 797. (364) 799.
— 9 § 1 — I (366) 805.
— 10* — I (390) 895.
— 11 § 2 u. 3* — I (367) 805. 810.
— 12* — I (367) 806 ff.
— 13 pr. — I (369) 817. 822.
— 13 § 2* — I (368) 812. 814. 815.
— 13 § 4 — I (392) 898.
— 13 § ult. — I (370) 822.
— 14 pr* — I (390) 897.
— 14 § 1 — I (364) 799.
— 15 pr* — I (370) 824. 826 ff.
— 16 pr. — I (370) 822.
— 16 § 4* — I (370) 828 ff.
— 19 — I (365) 802.
— 22* I (372) 830. 835.
Tit. lex.
I 27* de pignorib. I (173) 273 ff.
— 29 § 1* — I (370) 824. 826 ff.
— 34 pr. — I (369) 817.
— 34 § 2* — I (369) 816. 820.
II 5 pr* in quib. caus. pign. I (376) 849 ff.
— 8* — I (384) 869 ff.
— 9* — I (376) 850.
III 1 § 2* quae res pignori I (160) 257.
— 2* — I (364) 800.
— 3 — I (378) 855.
— 4* — I (372) 831. 837 ff.
IV 1 pr. § 1* qui potiores in pign. I (372) 831. 837 ff.
— 2* — I (389) 887.
— 3 § 1* — I (372) 830. 833.
— 5. 6. 7 — I (386) 874. 875.
— 5* 7 pr. — I (369) 819.
— 7 § 1* — I (369) 816. 819.
— 9 pr. § 1* — I (372) 830. 834.
— 9 § 3* — I (369) 820. (372) 830. 834. (388) 885.
— 11 pr. § 1* — I (95) 141 ff. (372) 831. 837 ff.
— 12 § 4* — I (392) 899.
— 12 § 8 u. 9 — I (378) 855. 856.
— 12 § 9* — I (388) 885.
— 13* — I (387) 885.
— 16* — I (377) 854 ff.
— 21* — I (369) 817. 820. (386) 877.
V 7 § 2* de distract. pign. I (299) 550. 551.
VI 3* quib. mod. pign. solv. I (96) 152 ff. III (635) 438.
— 4 § 2* — I (384) 870.

Tit. lex.
VI 12 pr* quib. mod. pign. solv. I (392) 898 ff.
— 13* — I (173) 273 ff. (364) 801.

Lib. 21.

I 1 pr* de aedilit. edicto III (609) 307 ff.
— 1 § 1 — III (609) 302.
— 1 § 2 — III (609) 303.
— 16 § 2* 17* — III (608) 306.
— 25 § 9 — III (609) 302. 303.
— 28 — III (609) 303. 310.
— 31 § 20* — III (609) 309. I (139) 198.
— 31 § 8* — I (368) 813.
— 38 pr* § 5* — III (609) 303. 308 ff.
— 40. 41. 42 — III (706) 634.
— 44 § 1* — III (653) 478. (609) 306.
— 48 § 8* — III (609) 303.
— 51 § 1* — III (608) 299. 300.
— 57 pr* — III (607) 285.
— 61* — III (610) 321 ff.
— 63* — III (609) 307 ff.
II 15 § 1* de evictionib. III (610) 321.
— 17* — I (299) 549.
— 22 § 1 — I (218) 398.
— 43* — I (326) 624.
— 43 § 10 — I (301) 558.
— 48* — III (610) 319 ff.
— 53 pr* — III (610) 314.
— 64* — III (610) 311 ff. 314 ff.
— 65* — III (573) 75 ff.
— 66 pr. — I (389) 886. 887.
— 71 — I (217) 394.
Tit. lex.
II 75* de evictionib. III (610) 318 ff.
III 1 § 5 de exc. rei vend. et trad. I (299) 549.

Lib. 22.

I 1 § 1 de usur. et fructib. III (625) 476.
— 2* — I (160) 253.
— 4 pr* — I (139) 199.
— 6 pr. — I (76) 110.
— 14 § 1* — I (322) 609.
— 17 § 4* — III (588) 196.
— 17 § 6* — III (575) 121.
— 24 § 2* — III (588) 195.
— 25 § 1 — I (326) 617. 621.
— 28 — I (326) 617. 620 ff.
— 32 — III (588) 183.
— 32 pr. § 1* — III (588) 195.
— 34*. 35* — I (160) 254.
— 38 § 7* 8 u. 15 I (139) 199.
— 43* — III (575) 118.
— 45 § 1* — I (326) 618. 627.
II 2* de naut foen. III (588) 195.
— 5* — III (623) 389.
III 14* de probat. I (353) 774.
— 25 pr* — III (625) 397.
— 25* — III (625) 402 ff.
— 25 § 4* — III (600) 244 ff. (612a) 335.
— 28* — I (130) 185 ff.
V 3 § 6 de testib. I (17) 45.
— 14. 15 pr* — II (444) 139.
— 18* — I (24) 50.
— 21 pr* — II (429) 81.
VI 2 de juris et facti ignorant. I (83) 122 ff.
— 4 — I (321) 601.
— 7* 8* — I (83) 122 ff.
— 9 pr. § 2 u. 3* I (83) 121.
— 9 § 4 — III (604) 271.

Tit. lex.

Lib. 23.

I 1 de sponsalib. I (212) 387.
— 2.4.7 §1 — I (212) 387.
II 1. 2 de R. N. I (211) 386.
— 4* — I (196) 340.
— 19* — I (216) 389 ff.
— 22* — III (605) 280.
— 66 pr* — I (47) 89.
III 3.5 pr. §6 u. 11 de jure dotium I (215) 388.
— 6* — I (220) 407.
— 7 §3* — I (96) 156.
— 9 §1* — I (95) 148.
— 9 §3 — I (223) 417.
— 10 §5* — III (591) 213.
— 14. 15* — III (591) 211.
— 23 — I (215) 388.
— 26 — I (218) 398.
— 33* — I (174) 292. (217) 392 ff.
— 41 §3* — I (217) 395.
— 44 pr* — I (216) 591.
— 54 — I (218) 398.
— 56 §3 — I (220) 405.
— 58 §1 — I (217) 393.
— 66* — I (344) 738 ff.
— 69 §4 — I (216) 390.
— 73 §1 — I (218) 397. 400 ff.
— 79 pr. — I (220) 403.
IV 21 de pact. dotalib. I (218) 398.
— 28* — I (218) 397 ff.
V 16* de fundo dotali I (317) 585. 591.

Lib. 24.

I 1. 3 pr. de donat. int. vir. et ux. I (225) 418.
— 5 §8 — I (225) 419.
— 23* — I (225) 419 ff.
— 25 — I (225) 419.
— 26 pr* — I (199) 352 ff.
— 29 §1* — I (310) 567.
— 31 §7 — I (121) 176.

Tit. lex.

I 32 §1* de donat. int. vir. et ux. I (225) 421 ff.
— 32 §2* — I (225) 419 ff.
— 32 §7 u. 8* — I (225) 422.
— 32 §8* — II (562) 566.
— 33 pr. §2* — I (225) 421.
— 44* — I (23) 49. (225) 418. (121) 177.
— 51 — I (214) 387.
— 55* — I (332) 651.
— 63* — I (300) 553 ff.
II 5 de divort. I (220) 402.
III 5. 6. 7 pr. §1. 2 sol. matrim. I (220) 403 ff.
— 7 §1* — I (220) 410 ff.
— 7 §2* — I (220) 413.
— 7 §9* — I (220) 410 ff.
— 10 pr. — I (220) 402.
— 20* — I (218) 397. 400.
— 22 §13* — I (318) 398.
— 24 §2* — III (587) 182.
— 24 §5* — III (681) 592.
— 25 §1* — I (171) 266 ff.
— 43* — I (174) 292.
— 57* — I (344) 738 ff.
— 59 — I (220) 402.

Lib. 25.

I 4 de impensis in res dot. fact. I (220) 404.
— 5 — I (220) 405).
— 15 — I (220) 404.
II 1 u. 2 de act. rer. amotar. I (226) 423.
— 6 §4 — I (226) 423.
— 26* — I (139) 202.
III 5* de agn. et alend. lib. I (260) 484.
— 5 §8 u. 9* — I (173) 281.
IV 1 de inspic. ventre I (32) 64.
V 1 u. 2 si ventris nomine I (141) 210.

Tit. §.

Lib. 26.

I 1§2* de tutelis I (263) 489.
— 2pr.§1 — I (263) 486.
— 3§1 — I (293) 533.
II 1pr. de testam. tut. I (264) 491.
— 2§1 — I (293) 533.
— 3pr. — I (264) 491.
— 7pr* — I (265) 492.
— 11pr. — I (266) 495.
— 12—15* — I (263) 487 ff.
— 21 — I (264) 491.
— 26§2* — I (265) 484.
III 7pr* de confirm. tut. I (265) 492 ff.
IV 6 de legit. tutor. I (266) 495.
V 12pr.§1 de tutor. et curator. dat. I (293) 533.
VI 2§2 qui petant. tutor. I (269) 501.
VII 1§2 de admin. et peric. tutor. I (279) 513.
— 3§1u.2 — I (281) 520.
— 12§3* — I (216) 391. (260) 484.
— 33pr. — I (274) 510.
— 42* III (575) 119 ff.
— 45* — III (573) 65.
— 52* — I (216) 391.
— 57pr* — I (274) 510.
— 61fin* — III (571) 36.
VIII 3 de auctor. et consensu tutor. I (279) 513.
— 1* — I (281) 521 ff.
— 7 — I (279) 513.
— 8 — I (279) 513.
IX 2* quando ex facto tutor. I (332) 650.
X 1§6u.7 de suspect. tutor. et curator. I (289) 525.
— 3§4 — I (289) 525.
— 3§5* — I (289) 526.
— 3§8* — I (289) 526.
— 3§12 — I (270) 504.
— 4§4* — I (289) 526.
— 7§1* — I (289) 525 ff.

Tit. §.

Lib. 27.

I 6§19* de excusat. I (271) 507.
— 28§1* } — II (565) 580.
— 36pr* }
— 38 — I (272) 509.
II 1§3* ubi pupill educ. II (565) 580.
— 4* — I (260) 484.
III 1§1* de tutel. et rat. II (562) 566.
— 1§13.14* — III (573) 75.
— 1§2* — I (260) 484.
— 9§4u.ult. } — I (284) 523.
— 10 }
IV 1§4* de contrar. tut. act. III (618) 358.
V 1pr. de eo qui pro tut. I (290) 527.
— 4 } — I (290) 527.
— 5 }
— 7§3 — I (290) 527.
VI 1§1*u.6* quod falso tut. auct. gest. I (186) 322.
— 7pr. } — I (290) 527.
— 10* }
VII 8§1* de fidej. et nominat. I (145) 216.
IX 1* de reb. eor. qui sub tut. I (277) 511.
— 3§3* — I (320) 599.
X 1pr.§1 de curat. furiosi I (293) 532. 533.
— 7§1 — I (273) 509.
— 16* — I (257) 479. (293) 533.

Lib. 28.

I 5* qui testam. fac. poss. I (196) 335.
— 20pr* — II (444) 140.
— 20§2* — II (444) 139.
— 20§5* — II (444) 139.
— 20§10* — II (431) 87.
— 26* — II (429) 81. 82.

Tit. lex.
II 3§3.4.5* de lib. et postum. II (470) 235 ff.
— 7* — II (473) 247.
— 8* — II (470) 234.
— 12 pr. — I (32) 65.
— 12§1* — I (32) 67.
— 19 — II (449) 153. (470) 232.
— 23 pr* — I (249) 461.
— 29* — II (468) 220 ff.
III 2* de inj. rupt. irr. test. II (460) 204.
— 5* — II (470) 233 ff.
— 12* — II (458) 196 ff. (473) 245 ff.
— 17* — II (473) 246.
IV 2*3* de his, quae in test. delent. II (460) 208.
— 1§4* de heredib. inst II (449) 149.
— 4 pr* — II (469) 231.
— 9§5* — II (433) 100 ff.
— 10* — II (449) 151.
— 15* — II (496) 320 ff.
— 17§1* u. 2* — II (496) 325 ff.
— 20§2* — II (496) 323.
— 32 pr* — II (432) 93.
— 35 pr* — II (449) 151. 153.
— 40* — II (434) 117.
— 47§1* — II (449) 163 ff.
— 58§1* — I (248) 459.
— 59§2* — II (496) 325.
— 59§3* — II (496) 323 ff.
— 59§4* — II (540) 506.
— 59§6* — II (498) 333.
— 62* — II (429) 78. 80.
— 63* — II (496) 325 ff.
— 66* — II (496) 324 ff.
— 69* — I (93) 134.
— 85* — II (449) 148.
— 88* — II (434) 104 ff.
VI 4* de vulg. et pup. subst. II (451) 170 ff.
Tit. lex.
VI 10§3* de vulg. et pup. subst. II (454) 183.
— 12* — II (454) 183 ff.
— 23* — II (451) 176.
— 34§2* — II (472) 240.
— 41§3* — II (527) 445.
— 41§4* — II (451) 175.
— 41§6 — II (535) 474.
— 45§1* — II (451) 176.
— 47* — II (453) 179.
VII 4§1* de condit. instit. II (436) 129 ff.
— 8 pr* — I (93) 138. II (434) 113.
— 8§7* — II (435) 121.
— 12* — I (93) 134.
— 20 pr* — II (435) 130.
— 23* — II (435) 119. 121.
— 28* — II (523) 431.

Lib. 29.

I 3* de testam. milit. II (527) 446 ff.
— 40§1* — I (113) 168.
— 41§1* — II (565) 579.
II 1.2 de acquir. heredit. II (451) 175. (498) 332.
— 6§5 u. 6* — II (497) 331.
— 6§7* — III (605) 281.
— 7§1 — II (497) 331.
— 10 — II (498) 332.
— 13 pr. — II (492) 311.
— 21§3* — II (498) 337 ff.
— 30 pr* — I (188) 327.
— 32 pr. — II (498) 534.
— 32§1* — II (498) 334 ff.
— 33*34 pr* — II (498) 335.
— 41* — II (454) 183.
— 42 pr* — II (454) 184.
— 45§4* — I (236) 437.
— 49* — I (281) 521 ff.
— 51§2 — II (498) 332.
— 51§ult* — I (93) 132. 133.

Tit. lex.
II 52* de acquir. heredit. I (237) 443.
— 53 pr* — II (498) 333.
— 54 — II (394) 6. 7.
— 55* — II (494) 316.
— 59* — II (454) 182 ff.
— 61* — II (494) 317.
— 76 § 1* — II (451) 175.
— 80 § 1. 2* — II (498) 333.
— 81* — II (451) 176.
— 83* — II (494) 314.
— 86 pr* — I (188) 327.
— 90 — II (498) 332.
— 97 — II (492) 312.
III 1 testam. quemadm. aper. III (668) 528.
— 3* — III (708) 643.
IV 4 § 2 si quis omissa causa II (539) 503.
— 7* — II (523) 428.
— 8 — II (522) 416.
— 10 § 1* — II (539) 503 ff.
V 1 § 4* de SCto Silan. II (436) 132.
— 3 § 30—32* — I (188) 327.
VI 1 pr. § 1* si quis aliquem testari prohib. (431) 88.
— 1 § 2* — II (331) 88 ff.
— 2 § 2* — II (431) 88.
VII 2 pr* de jure codicillor. II (429) 83.
— 2 § 2* — II (526) 441 ff.
— 3 pr. § 1* — II (527) 451 ff.
— 3 § 2* — II (526) 441.
— 5* — II (526) 439.
— 7 § 1* — II (526) 442.
— 8 pr. — II (526) 439.
— 14 — II (526) 441.
— 15* — II (521) 410.

Lib. 30.

Lex.
1 de legatis I II (519) 401.
8 § 1* — III (573) 91.
11* — II (521) 403 ff.
12 § 1 de legatis I II (534) 110.
13* — II (549) 525.
17*—19 — II (523) 430.
20* — II (549) 526.
22* — II (553) 533.
34 pr* — II (496) 326.
34 § 1* u. 2* II (545) 517.
34 § 11* — II (523) 422.
34 § 12* — II (523) 423.
36 § 3* — III (588) 195.
37 pr* — II (549) 526 ff.
40* — II (525) 433.
43 § 2* — II (432) 94 ff.
43 § 3* — II (525) 437.
44 § 4 — II (544) 517.
45* 46* — III (610) 315 ff.
45 § 1. 2. 46* III (610) 315.
47 § 3* — III (567) 21.
47 § 5* — I (107) 163.
50 § 1 — I (173) 286.
54* — II (435) 121.
54 § 3* — II (521) 408 ff.
55* — II (434) 105.
57* — II (548) 524.
67 § 1* — II (523) 426 ff. (521) 415.
71 pr* — II (549) 525.
71 § 1* — II (523) 425.
75 § 1* u. 2* II (555) 542 ff.
75 § 3* — III (569) 19.
81 § 4* — II (521) 415.
84 § 7* — II (434) 107.
86 pr* — II (525) 437.
86 § 2 — I (301) 556.
89 — II (497) 331.
96 § 1 — II (564) 574.
104 § 5 — II (523) 423 ff.
104 § 6* — II (523) 431 ff.
112 § ult* — II (434) 113.
114 § 2* — II (564) 573.
114 § 5* — II (525) 433 ff.
114 § 8* — I (257) 478.
116 § 1* — II (523) 422.
124* — II (521) 408.

Lib. 31.

Lex.
1 pr* de legatis II II (432) 93 ff.
2* — II (553) 532.
17 — II (541) 514.
33 pr* — II (521) 408.
39 — II (544) 517.
41 pr* — II (547) 520.
49 § 2* — II (525) 433.
52* — II (429) 78.
60 — II (521) 404.
66 § 1—3* — II (545) 518.
66 § 6* — II (525) 437.
69 pr. — II (449) 155 ff.
75 § 1* — II (523) 428 ff.
77 pr. — II (536) 487.
77 § 8* — II (449) 161 ff. (523) 421 ff.
82 § 2 — II (525) 438.
87 § 1* — III (588) 196.
87 § 3* — II (482) 279 ff.
88 § ult* — II (527) 447.

Lib. 32.

1 § 1* u. 5 de legatis III II (520) 401. (540) 513.
1 § 6 — II (521) 402.
2* — II (527) 450.
6 § 1 — II (521) 402.
11 § 16* — II (525) 433 ff.
11 § 20 u. 22 — II (522) 416.
25 § 1 — I (24) 53. (102) 159.
36* — II (527) 448.
79 § 2 — II (544) 517.
80 — II (496) 318. (547) 520.
89* — II (496) 319 ff. (547) 521 ff.
103* — II (521) 407.

Lib. 33.

Tit. lex.
I 4 de annuis legat. et fideic. II (551) 530.
— 11 — II (551) 530.
II 1* de usu et usufr. leg. I (338) 686. 694 ff.
— 1 § 3* — II (554) 536 ff.
— 10* — II (554) 537.
— 19* — II (554) 534.
— 24 pr. — I (347) 744.
— 26 § 1 — II (554) 534.
— 29* — I (338) 695. (344) 739.
— 33 § 2 — II (523) 524.
III 3* de servit. leg. I (340) 712.
IV 3 pr*, — 4*, — 7 pr* de tritico vino leg. II (549) 525. (550) 529.
VII 2 pr* de instruc. vel. instr. leg. II (523) 425.

Lib. 34.

I 6. 7 de alim. vel cibar. legat. II (552) 531.
— 14 § 3* — I (339) 698 ff.
— 18 § 2* — II (435) 121.
22 pr. — II (552) 531.
III 25* de liberat. legat. II (555) 543 ff. I (63) 49.
IV 1* de adim. legat. I (341) 718 ff.
— 3 § 7* — II (541) 515.
— 3 § 11 — II (541) 514.
— 5, — 6 — II (541) 514.
— 10*, — 14* — II (434) 105.
— 14 § 1 — II (541) 515 ff.
— 31 § 1 — II (541) 514. 515.
V 3* de reb. dub. I (102) 159. II (433) 99.
— 5 fin* — II (429) 83.
— 9 pr* — I (33) 68.
— 9 § 1* u. 4* — II (541) 67 ff.
— 10* — II (541) 515 ff.
— 12* — I (102) 158. III (578) 136.
— 18 pr. — I (33) 67.

Tit. lex.
V 24 de reb. dub. I (102) 159.
VII. VIII 1 pr. de reg. Caton. II (540) 504 ff.
— 1 § 2* — II (525) 436.
— 3* — II (540) 506 ff. 509.
— 5* — II (540) 511.
VIII 2 de his, quae pro non script. habentur II (541) 415.
— 3* — I (100) 157.
IX 2 § 3* de his quae ut indign. auf er. II (434) 114.
— 5 § 2* — II (565) 579 ff.
— 5 § 17* — II (562) 566.
— 19* — II (431) 87.

Lib. 35.

I 7 pr* de condit. et demonstrat. II (446) 126. 127 ff.
— 7 § 1* — II (436) 130 ff.
— 11 § 1 — I (93) 132.
— 18* — II (436) 127. 131.
— 21* — II (498) 334 ff. 337.
— 24* — I (94) 140.
— 28 pr. — II (435) 121.
— 40 pr* — II (435) 121.
— 49* — I (196) 337.
— 58* 59 § 1* — II (434) 108 ff.
— 69* — I (93) 134.
— 70* — II (434) 116.
— 71 pr. — I (98) 157.
— 71 § 1* — II (434) 111.
— 73* — II (436) 124.
— 77 pr. — II (434) 116.
— 80 — I (98) 156.
— 84* — II (435) 121.
— 89* — II (434) 115.
— 92* — I (257) 479.
— 94* — II (435) 120.
— 99* — I (93) 132 ff.
— 106* — II (436) 125.
— 107* — II (434) 105.

Tit. lex.
II 1 pr. ad leg. Falcid. II (534) 462.
— 1 § 8* — III (614) 341.
— 1 § 13* — II (535) 464 ff.
— 1 § 14* — II (535) 467.
— 3 § 2* — II (536) 479.
— 9 § 1* — I (32) 64.
— 11 § 5* — II (521) 406. (535) 468 ff.
— 11 § 6* — II (535) 470 ff.
— 11 § 7* — II (535) 473 ff. 475.
— 14 § 2* — II (535) 476.
— 15 § 1* — II (538) 497.
— 18 § 1* — II (536) 492.
— 21 pr* — I (279) 517.
— 21 § 1 — II (535) 466.
— 22 pr. — II (536) 479.
— 30 pr. — II (536) 490 ff.
— 30 § 7* — II (536) 384 ff. 489.
— 31 § 7* — II (536) 489.
— 47 pr. — II (536) 478.
— 55 —
— 62* — III (573) 96.
— 62 pr. — III (573) 71 ff. 77.
— 62 § 1 — II (536) 478.
— 64* — II (538) 494.
— 68* — I (33) 69. II (536) 478.
— 73 pr. — II (536) 477.
— 74 — II (536) 479.
— 78* — II (535) 466.
— 79* — II (535) 468 ff.
— 80 pr* — II (535) 470.
— 80 § 1* — III (567) 9.
II 86* ad leg. Falcid. II (523) 419. (536) 482 ff.
— 87 § 4* u. 5* — II (535) 464 ff. 473 ff.
— 87 § 5* — II (535) 473.
— 87 § 7* — II (521) 406.
— 88 pr. — II (538) 494.
— 88 § 3* — III (587) 181. II (536) 491 ff.

Tit. lex.
II 88 § ult* ad leg. Falcid. III (587) 182.
— 91* — II (536) 488.
— 93 fin* — II (536) 488.

Lib. 36.

I 1 § 1 u. 2 ad SCtum Trebell. II (546) 545.
— 2* — II (559) 553 ff.
— 3 pr* — II (559) 552 ff.
— 3 § 5* — II (431) 88.
— 11 § 1* — II (454) 183. (558) 550.
— 13 § 3* — II (558) 549.
— 16 § 5* 6* — II (558) 548 ff.
— 18 § 1* — II (536) 492.
— 18 § 3* — II (523) 419 ff.
— 22 § 2* — II (536) 492.
— 23* u. 24* — II (521) 414.
— 25 § 2* — III (571) 38.
— 27 § 2 u. 5* — II (454) 183.
— 27 § 3* — II (539) 501.
— 36 § 1* — II (460) 203.
— 43* — II (494) 314.
— 50* — I (235) 434. (237) 443.
— 58 § 3* — II (536) 487 ff.
— 59 pr. — I (364) 801.
— 63 § 7* — II (558) 549.
— 64 pr* — I (279) 517.
— 65 § 1* — II (435) 124 ff.
— 65 § 4* — I (121) 175. 176.
— 76* — II (527) 447.
— 78 § 13 — II (523) 425.
II 2 u. 3 quando dies legator. II (554) 534.
— 6 pr* — II (434) 105.
— 10 u. 12 — II (551) 531.
— 14 pr. § 1* — II (549) 529.
— 24* — III (588) 195.
— 25 pr* — II (549) 528 ff.
— 25 § 1* — I (279) 517.
— 31* — II (523) 431 ff.

Tit. lex.
II 36 § 2* quando dies legator. III (614) 341.
IV 1* ut in poss. legator. II (539) 501. 502.
— 1 pr* — III (625) 398.
— 1 § 4* — II (539) 501.
— 5 pr, — 5 § 5, — 5 § 16*, — 15 — II (532) 460.

Lib. 37.

I 3 § 7 de bonor. poss. II (500) 340.
— 3 § 8* — II (400) 22.
— 16 — II (500) 340.
IV 4 § 1* de bon. poss. c. tab. II (407) 30. 31.
— 8 § 5* — II (470) 235 ff.
— 12 § 1* — II (472) 238.
— 14*, — 16* — II (472) 243.
V 5 § 8* de legat. praest. II (472) 244.
— 15 § 1* — II (472) 243.
VI 1 § 3* de collat. II (515) 380 ff.
— 1 § 11 — II (515) 380.
— 1 § 21 — I (252) 471.
— 2 § 4 — III (701) 632.
— 6 — I (220) 403.
— 11* — II (515) 385.
VIII 1 § 16* de conjung. c. emanc. lib. ej. II (515) 377 ff.
IX 1 § 2, — 6 u. 7 de ventre in poss. mitt. II (511a) 368. 369.
X 1 pr* de Carbon. edict. II (512) 369 ff.
— 3 § 4. 13* 15 — II (512) 369 ff. 373.
— 4* — II (512) 369 ff.
— 7 § 8* — II (512) 372 ff.
— 12* — I (188) 327. II (512) 373.
— 15 — II (512) 370.

Tit. lex.
XII 2 pr* de bon. poss. sec. tab. II (473) 247.
— 2 § 7* — II (431) 87.
— 3* — II (429) 83.
— 11 § 2* — II (458) 197 ff.
XII 1 § 2* si a par. quis manum. sit I (257) 479.
— 1 § 3* — II (396) 8.
— 5* — I (257) 479.

Lib. 38.

I 9 § 1* de operis libertor. III (574) 107.
II 3 § 14* de bonis libertor II (473) 247.
— 42 pr* — I (248) 459.
VI 1 § 4* si tab. test. null. exstab. II (512) 372.
— 1 § 8* — II (460) 209.
— 5 § 2* — II (407) 31.
IX 1 pr* de successor edict. II (398) 19.
— 1 § 9* — I (196) 338.
X 4 § 1 u. 2 de gradib. et affinib. I (43) 83.
— 4 § 3—5 — I (45) 84.
XV 2 pr. quis ordo in poss. serv. I (195) 334. II (500) 340.
— 2 § 1* — II (400) 22.
— 4 § 1 — II (500) 340.
XVI 3 § 11 de suis et legit. I (35) 80.
— 3 § 12* — I (32) 66. (35) 80. (194) 331.
— 13 — II (497) 331.
XVII 1 § 6* ad SCtum Tertull. et Orphit. II (408) 33.
— 2 § 12* — II (512) 371.
— 2 § 18* — II (408) 32. (420) 65 ff. (421) 68.
— 2 § 44* — I (93) 135.

Lib. 39.

I 1 § 2* de o. n. n. III (676) 532.
— 1 § 6* — III (676) 540. (577) 546 ff.
I 1 § 11* de o. n. n. III (676) 528.
— 1 § 16* — III (676) 528.
— 1 § 19 — III (676) 531.
— 5 § 7* — III (676) 532.
— 5 § 9* — I (338) 689. III (676) 529.
— 5 § 10* — I (353) 774. (355) 782. III (676) 540. 541. (677) 546 ff.
— 8 § 4 — III (676) 540.
— 8 § 6* — III (676) 534.
— 8 § 7* — III (676) 534.
— 13* — III (676) 532.
— 14* — III (676) 530.
— 15* — I (353) 772.
— 19* — III (676) 540.
— 20 pr* § 4* — III (676) 533.
— 20 § 3* — III (676) 536.
— 20 § 6* — III (676) 534.
— 20 § 13* — III (676) 540.
— 22* — III (676) 534.
— 23* — III (676) 534. 535.
II 2 de damno inf. III (678) 550.
— 5 § 2* — III (678) 554.
— 6* — III (678) 562.
— 7 pr* § 1 — III (678) 550. 555. 558 ff.
— 9 pr* — III (678) 558.
— 9 § 2* — III (678) 563.
— 11* — III (678) 558.
— 12* — III (678) 561.
— 13 § 2* — III (678) 552.
— 13 § 3 — III (678) 554.
— 13 § 4* — III (678) 553.
— 13 § 7* — III (678) 566.
— 13 § 9 — III (678) 553.
— 13 § 11* — III (678) 566.
— 15 § 18* — III (678) 561.
— 15 § 25* — III (678) 561.
— 15 § 26* u. 27* I (317) 582. III (678) 662.
— 15 § 28 — III (678) 564.
— 15 § 33* — III (678) 560

Tit. lex.
II 18 pr. de damno inf. III (678) 552.
— 19 § 1 — III (678) 552.
— 24 pr* — III (678) 552.
— 24 § 1* — III (678) 557.
— 24 § 2* — III (678) 552.
— 24 § 5* — III (678) 556.
— 26* — III (678) 556. (571) 41.
— 32* — III (678) 564. 567.
— 34* — I (376) 850.
— 39 pr* — III (678) 567ff.
— 43 § 1* — III (678) 567ff.
— 44 pr* — III (678) 563.
— 45* — I (353) 774.
III 1 pr. u. § 1 de aqua et aquae pluv. arc. I (299) 548.
— 1 § 15. 16 — I (299) 548.
— 1 § ult* — I (351) 766.
— 2 § 8* — I (130) 186.
— 9* — I (96) 154.
IV 1 pr* de publicanis III (688) 595.
— 1 § 4 — III (688) 595.
V 1 pr* de donat. II (561) 560. I (95) 146.
— 2 § 5* — I (95) 148.
— 6 — I (312) 576.
— 7 § 4* — II (428) 73.
— 7 § 6* — II (562) 566.
— 13* — I (205) 375.
— 21 § 1 — III (619) 377.
— 27* — I (125) 182.
— 29 § 2* 30* — II (396) 8. (434) 114.
— 31 § 2 — I (233) 432.
— 32 — I (349) 750.
— 34 § 1* — I (125) 182.
VI 2* de mort. causa donat. II (561) 560.
— 17 — II (562) 564.
— 25 § 1* — II (428) 73.
— 29* — I (96) 154.
— 35 § 2 — II (561) 559.
Tit. lex.
VI 35 § 3* de mort. causa donat. III (628) 411.
— 37* — II (562) 564
— 38 — II (561) 559.
— 42 pr* — I (139) 204. III (599) 239.

Lib. 40.

I 1* de manumiss. I (196) 335.
II 4 pr* de manum. vind. III (603) 252.
V 4 § 17 de fideicommiss. libert. II (564) 574.
— 24 § 11* — II (527) 449.
— 26 § 1* — III (588) 196.
— 30 § 10 — II (497) 331.
— 46 § 2* — II (432) 94 ff.
— 53 pr* — III (588) 196.
VII 8 § 1* de statuliber. II (521) 414 ff.
— 20 § 3* — II (435) 120.
— 22 § 2* — II (415) 52.
— 22* — II (521) 414.
— 39 § 4* — II (435) 120.
IX 8 pr. qui et a quib. I (23) 49.
— 27 pr. — II (436) 134.
XII 7 § 5* de liberali causa I (353) 774.
— 13 pr* — III (681) 591.
— 14 ff* — III (608) 300.
— 17* — III (608) 300.
— 32* — I (113) 168.

Lib. 41.

I 3 pr. de A. R. D. I (308) 562.
— 5 § 1 — I (203) 363.
— 7 § 1 u. 2 — I (328) 629.
— 7 § 5 u. 6 — I (328) 630.
— 7 § 11* — I (204) 374. 375.
— 7 § 12* — I (329) 634 ff.
— 7 § 13* — I (329) 635 ff.
— 8 pr* — I (329) 636.
— 8 § 1* — I (329) 637.

Tit. lex.

I 12 § 1* de A. R. D. I (310) 565.
— 20* — I (332) 642 ff.
— 26 pr* — I (310) 565.
— 26 § 2 — I (329) 633.
— 30 § 2 u. 3 — I (328) 631.
— 31 — I (311) 568.
— 31 § 1 — I (309) 563.
— 33 § 2. 34 — II (394) 6.
— 35* — I (311) 570 ff.
— 36* — I (311) 573.
— 37 § 6* — I (205) 375.
— 38 — I (328) 630.
— 48 pr* — I (317) 583. (326) 628.
— 48* — I (326) 616. 620.
— 53* — III (608) 292.
— 54 § 2* — III (681) 590.
— 55 — I (308) 562.
— 59* — I (205) 376. (311) 568.
— 65 § 4* — I (328) 632.
II 1 § 4* de Acquir. Poss. I (199) 349. 352.
— 1 § 5 — I (233) 432.
— 1 § 21 — I (203) 362.
— 1 § ult. — I (55) 97.
— 2 —
— 3 pr. — I (201) 360.
— 3 § 1 — I (202) 360. (203) 362.
— 3 § 3 — I (203) 363.
— 3 § 5* — I (200) 360.
— 3 § 6 — I (208) 379.
— 3 § 7 u. 8* — I (200) 358. (207) 377. (209) 381.
— 3 § 9* — I (209) 381.
— 3 § 13 — I (207) 376.
— 3 § 18 — I (209) 380.
— 12 § 1* — I (208) 379.
— 13 § 1*, 4*, 5* — I (322) 608 ff.
— 13 § 7* — I (200) 358 ff.
— 18 § 1 — I (208) 380.
— 18 § 2 — I (203) 363.

Tit. lex.

II 24* de Acquir. Poss. I (199) 353.
— 27* — I (207) 377.
— 29* — I (207) 378.
— 30* — I (204) 370.
— 30 § 1 — I (201) 360.
— 30 § 5* — I (322) 608.
— 31* — I (209) 381.
— 32 § 2* — I (204) 364 ff.
— 33* — I (202) 361 ff.
— 34 pr* — I (202) 361. (208) 379.
— 37 § 6* — I (205) 375.
— 39 — I (200) 356. 359 ff.
— 40 § 1* — I (209) 381.
— 43 pr. — I (321) 602.
— 44 § 2* — I (209) 381.
— 44 fin. 46* — I (207) 377.
— 47 — I (209) 380.
— 49 § 2* — III (608) 298. 299.
III 1* de usurpat. I (332) 642.
— 2 — I (323) 611.
— 4 § 5* — I (326) 625.
— 4 § 6* — I (317) 588.
— 4 § 7* — I (317) 586.
— 4 § 10* — I (317) 586 ff.
— 4 § 19* — I (326) 617 ff. 626.
— 4 § 20* — I (317) 589.
— 4 § 28* — I (342) 730.
— 4 § 29* — I (351) 761.
— 5 — I (323) 611.
— 6* u. 7* — I (196) 336.
— 9* — I (317) 582.
— 10 pr* — I (321) 601.
— 10 § 1* — I (351) 763 ff.
— 12* — I (317) 591.
— 13 pr. — I (318) 592.
— 15 pr* — I (323) 612.
— 16* — I (200) 355.
— 19* — I (96) 155.
— 22 — I (318) 592.
— 23 pr* — I (204) 369 ff.

Tit. lex.
III 23 § 1* de usurpat. I (204) 371.
— 29* — II (505) 344.
— 30 pr* § 2 — I (71) 106.
— 30* — I (204) 370 ff.
— 31 pr* — I (83) 125.
— 32 § 1* — I (317) 591.
— 32 § 2 — I (321) 601.
— 33 § 1* — I (199) 351.
— 33 § 2* — I (207) 378.
— 34* — I (202) 362.
— 43 § 1* — I (321) 605.
— 44 § 5* — I (324) 613.
— 45 § 1* — I (322) 608.
— 48* — I (320) 579. III (625) 400.
— 49* — I (317) 587 ff.
IV 2 § 2 pro emtore I (319) 594.
— 2 § 3 — III (637) 444.
— 2 § 4* — I (96) 152. III (637) 444.
— 2 § 6* — I (320) 579.
— 2 § 16* — I (335) 667.
— 2 § 19* — I (322) 607.
— 4 — I (321) 601.
— 7 § 4* — I (321) 601.
— 11 — I (319) 593. (321) 601.
V 2 § 1* pro herede I (199) 351 ff.
VI 1 § 2* pro donato I (199) 353 ff.
— 3* — I (320) 598.
X 2 fin* pro suo I (326) 625.
— 3* — III (625) 399.
— 5 § 1* — I (319) 593. (320) 579.

Lib. 42.

I 4 pr. de re judic. III (661) 499.
— 6 § 1* — III (689) 599.
— 11* — III (588) 189.
— 15 § 4* — I (173) 281.
— 15 § 5* — I (388) 885.
— 16* — I (174) 293.
— 19 § 1* — I (174) 289.
— 22 § 1* — I (174) 293.
Tit. lex.
I 49* de re judic. I (174) 294.
— 51 § 1 — III (635) 439.
— 56* — I (173) 271.
III 4 § 1* de cess. bonor. I (274) 293. 294.
V 6 § 1* u. 2* de reb. auct. jud. poss. III (697) 625 ff.
— 24 § 2* — III (594) 225. (630) 421.
— 25* — I (178) 301. III (697) 620.
— 28* — II (454) 184. (451) 172 ff.
— 32 — III (594) 224.
— 34* — III (594) 224.
— 38 § 1* — III (594) 221. 224.
VI 1 § 9* de separat. I (239) 445. III (593) 218.
VIII 1 pr. quae in fraud. credit. facta sunt III (697) 620.
— 1* — I (178) 300.
— 6 § 11 — III (697) 620. 621.
— 6 § 6* u. 7* — III (697) 623 ff. 626.
— 10 pr* — I (178) 300. III (697) 620.
— 10 § 1 } — III (697) 620.
— 10 § 2 } 621.
— 10 § 12* — III (697) 627. (587) 182.
— 10 § 13* — III (697) 628.
— 10 § 22* — I (178) 300.
— 17 § 2* — III (697) 627.
— 17 fin. — III (587) 182.
— 24* — III (697) 623 ff. 625.
— 25 § 1* — III (697) 624.
— 25 § 3* — III (697) 628.

Lib. 43.

I 1 § fin. de interd. I (141) 211.
— 1 § 3 — I (141) 211.

Tit. lex.
I 2§3* de interd. I (141) 211. (390) 893.
II 1* quorum bonor. I (320) 596. II (509) 358 ff.
— 2 — II (509) 358.
V 3§5* de tab. exhib. III (708) 642.
VII 3pr. de loc. et itinerib. public. I (66) 103.
VIII 2§11* pe quid. in loco publ. I (83) 124.
— 2§21 u. 22 — I (66) 103.
XI 3pr. de via publ. III (687) 594.
XII 1§1—3 de fluminib. I (66) 103.
XVI 1pr. de vi III (690) 600.
— 1§3 — IIII (690) 601.
— 1§6* — III (690) 601. (707) 641.
— 1§9 u. 10* I (199) 352 ff.
— 1§23 — III (690) 600.
— 1§29* — I (207) 378. 379.
— 1§34* — III (588) 200.
— 3§14* — I (350) 752 ff.
— 12. 18pr* — III (643) 455.
— 19* — III (588) 200.
XVII 1pr* uti possidetis I (336) 672 ff. III (690) 602.
— 1§2 u. 3 — I (336) 673 ff.
— 1§4* — I (336) 679 ff.
— 1§5* — I (336) 682 ff.
— 3pr* — I (200) 360. (336) 679.
— 3§2* — I (355) 781 ff. III (677) 547.
— 3§5* — I (355) 782.
— 3§6* — I (355) 782. 783.
— 3§7 — I (200) 356.
— 3§11* — I (336) 681.
XVIII 1§1 de superficiebus I (362) 794.
XIX 1pr. de itin. actuque priv. I (355) 777.
— 1§2* — I (355) 778 ff.
Tit. lex.
XIX 1§12* de itin. actuque priv. I (355) 778.
— 3§11 u. 13 — I (355) 777.
— 7 — I (219) 382.
XX 1pr. de aqua quot. et aestiva I (355) 777.
— 1§16* — I (340) 708.
— 1§19 — I (355) 777.
— 1§29 — I (355) 777.
— 3§4 — I (130) 185.
XXI 1pr. de rivis I (355) 777.
— 3§8* — III (676) 537.
XXII 1pr. de fonte I (355) 777.
— 1§6 — I (355) 777.
XXIII 1pr. de cloacis I (355) 778.
— 1§7 — I (355) 778.
XXIV 1pr* quod vi aut clam. III (677) 545.
— 1§2 u. 3* — III (677) 543.
— 3§5 — III (677) 544.
— 3§7* — III (677) 549.
— 7§2* — III (677) 548. 549.
— 8* — I (204) 370.
— 11§9* — III (677) 544.
— 11§ult* — III (677) 542.
— 13§5* — I (145) 215. III (677) 544.
— 16§2* — III (677) 545.
— 20§1* — III (677) 543.
— 20§3* — III (677) 549.
— 22pr* — I (329) 635.
XXV unic. pr. de remissionib. III (676) 537.
— unic. §2* — III (676) 539.
— unic. 3* — III (676) 530 ff.
XXVI 1§1—3 de precar. III (691) 606.
— 2pr. §1 u. 2* III (691) 606. 609.
— 2§3* — III (691) 606. 611.
— 4§1* — I (200) 357.
— 6§3* — I (317) 588 ff.

Tit. lex.
XXVI 8§1* de precar. III (691) 612.
— 8§7* — III (691) 606.
— 8§ult* — III (691) 611. 612.
— 12pr* — III (691) 606.
— 12§1* — III (691) 612.
— 14 — III (691) 606.
— 15§2* — III (691) 610.
— 15§4* — I (200) 359 ff.
— 19§2* — III (691) 609.
XXVII 1* de arborib. caed. I (297) 545.
XXVIII unic. de glande legenda I (297) 545.
XXIX 3pr. de lib. hom. exhib. III (702) 632.
— 3§9 — III (702) 632.
XXX 1pr. 3pr. de liber. exhib. I (246) 458.
XXXI unic. de utrubi I (336) 673.
XXXII 1pr. de migrando III (643) 452.
— 1§5* — I (390) 897. (376) 850.
XXXIII 1pr* de Salviano interd. I (570) 826 ff.
— 1* — I (390) 891. 894.
— 2* — I (390) 891 ff.

Lib. 44.

I 1* de exc. praescr. et praej. I (156) 244. III (708) 645.
— 2pr* — I (154) 242. (160) 255.
— 2§1 — I (157) 244.
— 2§3 — I (157) 245.
— 3* — I (155) 242.
— 7 — I (155) 243.
— 7§1* — I (179) 306. (183) 315.
— 8 — 9 — I (156) 244.
Tit. lex.
I 13* de exc. praescr. et praej. II (508) 349 ff.
— 17* — I (173) 281.
— 19* — III (578) 137.
— 22pr* — III (618) 355.
— 22§1 — I (157) 245.
II 3 de exc. rei jud. I (173) 274.
— 5* — I (173) 280.
— 7pr*§1* — I (173) 281. 282. 283.
— 7§3* — I (173) 283.
— 7§4* — I (173) 279.
— 11§2* — I (173) 285 ff.
— 11§7* — I (173) 285.
— 12*13* — I (173) 281.
— 14§2* — I (173) 285 ff.
— 14§3* — II (509) 361.
— 17* — I (332) 649.
— 21§1 u. 2* — I (173) 282.
— 23* — I (173) 284.
— 25§1* — III (609) 306.
— 26* — I (342) 731. 732.
— 29* — I (173) 287.
— 30§1 — I (392) 900.
III 1 de divers. temp. praescript. I (195) 333.
— 2 — I (197) 342.
— 9* — I (315) 579.
— 11 — III (691) 612.
— 14§1* — 14§3* — I (322) 607 ff.
— 15pr.* — I (196) 336.
— 15§1* — I (322) 610.
IV 2§1 u. 2 de doli exc. III (693) 617.
— 2§5* — I (155) 243.
— 4§10* — II (460) 209.
— 4§17 u. 27 ff.* — III (575) 115 ff.
— 4§33* — I (185) 318. III (692) 616.
— 5§4* — III (607) 284.
— 5§6* — I (151) 236. (156) 244.

Tit. lex.
IV 6* de doli exc. III (582) 164.
— 8* — III (618) 348.
— 13* — II (478) 247.
VI 3* de litigiosis I (160) 256.
VII 1§12u.13 de O. et A. I (81) 115.
— 3pr* — I (350) 753.
— 3 — III (566) 4.
— 3§2 — I (85) 127.
— 3 pr. — III(664)502.
— 5§3 — III(625)891.
— 6* — I (196) 337.
— 7* — III(574)108.
— 11* — III(608)288.
— 23* — III(588)195.
— 25 pr. — I (136) 193.
— 32* — III (572) 52. 58.
— 33* — I (145) 217.
— 34pr* — III (572) 53. 56. 58.
— 34§2* — III(681)589.
— 37 — I (135) 192.
— 39 — I (239) 445.
— 41§1* — III(572)52ff.
— 42pr* — I (95) 142. II (436) 134.
— 43* — I (291) 530.
— 44§5u.6* — III(614)341ff.
— 46* — III(571)37ff.
— 50* — III(587)181.
— 51 — I (135) 192.
— 53pr* — III(572)52ff. 58.
— 57 — III(604)259ff.
— 59* — I(279)515ff.
— 60* — III(572)52ff.

Lib. 45.

I 1§4* de V. O. III (578) 135.
— 1§5 — I (100) 157.
— 2pr* — I (350) 752. 753.
— 2§1* — III (567) 13.
I 2§2* de V. O. III (567) 8.
— 4§1* — III(567) 11ff.
— 22* — III (604) 264.
— 23*24* — III (588) 195.
— 29§1 — III (619) 372.
— 31* — II (540) 510.
— 32* — I (257) 480.
— 33* — III (588) 194.
— 38§3* — III (610) 320.
— 38§6* — III (587) 181.
— 38§7u.8* — I (199) 353.
— 38§17* — III (608) 288.
— 41§1* — III (588) 190.
— 48* — I (23) 49. (147) 223. 226.
— 49§3* — III (588) 195. 197.
— 56§8 — III (619) 373.
— 58§1* — III (608) 297.
— 69* — III (614) 339.
— 72pr* — III (567) 9ff.
— 76* — III (569) 19ff.
— 77* — III (614) 340.
— 82§1* — I (160) 253ff.
— 84* — III (614) 342.
— 85* — III(567)5.15.
— 91§3* — III(588)183ff. 185.
— 98pr. — I (100) 157.
— 99 pr. — I (102) 158.
— 101* — I (291) 530.
— 105* — III (569) 26.
— 106 — III (569) 18.
— 114* — III (588) 194. 198.
— 115§1 — I (94) 140.
— 115§2 — III (614) 338. 340 ff.
— 116 — III (573) 60. 91.
— 122§1* — III (623) 389.
— 130 — I (238) 444.
— 131§1* — III (610) 316.
— 135§2* — III (588) 194.

Tit. lex.
I 137 § 4* de V. O. III (588) 185.
— 137 § 6* — I (93) 132 ff. II (434) 109.
— 137 § 8* — III (608) 291.
— 138 § 1* — III (569) 18.
— 141 pr* — III (569) 19.
— 141 — I (239) 444. (291) 530.
— 141 § 2* — I (291) 530. (239) 444.
II 2* de duob. reis constit. III (573) 91 ff.
— 3 pr* — III (573) 67.
— 3 § 1 — III (573) 60.
— 9* — III (573) 67 ff.
— 9 pr. — II (521) 410. 415 ff.
— 9 § 2* — III (573) 64.
— 10* — III (573) 88.
— 11 pr* — III (573) 83.
— 17* — II (521) 408 ff.
— 18* — III (573) 62 ff.
III 37* de stipulat. servor. II (521) 413.

Lib. 46.

I 5* de fidejussorib. III (573) 61. 64. 91.
— 8 § 7* — III (578) 133 ff.
— 8 § 8* — III (578) 135.
— 10 § 2 — I (231) 431.
— 16 § 4* — III (567) 5.
— 22 — II (394) 6.
— 25 § 3 — III (573) 98.
— 28* — I (144) 212.
— 39* — III (573) 72.
— 41 pr* — III (578) 141.
— 42* — III (578) 132 ff.
— 52 § 3* — III (573) 98. 70.
— 56 § 1 — I (231) 431.
— 62* — III (578) 141.
— 71 pr* — III (573) 93.
II 1 pr. de novationib. III (619) 366.
II 8 pr* de novationib. III (619) 372.
— 9 § 1 — I (93) 132.
— 11 pr* — III (619) 375.
— 14 pr. § 1* — III (619) 366. 373.
— 19* — III (619) 377 ff.
— 20 § 1* — I (279) 517.
— 24 — II (494) 6.
— 25* — III (573) 90.
— 29* — I (160) 247.
— 31 pr* — III (619) 373.
— 31 § 1* — III (573) 88 ff.
III 1* 2* 3* de solut. III (589) 202 ff.
— 5 § 3* 6* — III (589) 202 ff.
— 8 — III (589) 203 ff.
— 9 § 1* — III (591) 206.
— 14 § 1* — I (281) 520.
— 14 § 6 — I (381) 520.
— 16* — I (95) 141 ff.
— 28 } — III (582) 164.
— 34 § 9* }
— 38 § 5 — III (620) 381.
— 44* — I (279) 517.
— 45 pr* — I (383) 867.
— 46 pr. § 1* — III (583) 169.
— 47 § 1* — I (245) 456.
— 49 — I (121) 176.
— 70* — III (587) 181.
— 72 § 1—3* — III (619) 373.
— 72* — III (569) 26.
— 72 pr* — III (591) 206.
— 76* — III (574) 103.
— 78 — I (331) 639.
— 93* — III (620) 380.
— 94 § 1* — I (147) 225 ff.
— 95 § 1* — III (569) 21 ff. 26.
— 95 § 3* — I (179) 307. (183) 314. III (620) 380.
— 95 § 4 — III (621) 381.
— 95 § 8* — III (618) 351.
— 96 pr* — III (697) 624.
— 97* — III (589) 203 ff.
— 99* — III (570) 29. 32.

Tit. lex.
III 101* de solut. I (364) 800 ff.
— 101 § 1* — III (589) 201.
— 107* — III (591) 207.
— ult* — III (662) 501.
IV 13 § 3* de acceptilat. I (348) 747 ff.
V 8 pr. de stipul. praet. II (435) 128.
VIII 8 § 1* ratam rem haberi I (173) 276.

Lib. 47.

II 1 § 3 de furtis III (679) 568.
— 4* — III (679) 574.
— 14 § 1* } — I (368) 813.
— 15 § 2* }
— 15* — III (679) 574.
— 16 — I (231) 431.
— 20 § 1* — I (317) 587.
— 42* — III (689) 600.
— 43 pr* — III (625) 398. 399.
— 43 § 1* — I (205) 376. III (625) 400.
— 48 § 5* u. 6* — I (326) 625 ff. 628.
— 50 pr* — III (588) 200.
— 53 § 3* — I (274) 510. (290) 527.
— 54 § 1* — I (125) 182.
— 71* — III (571) 41.
— 80 § 6 — III (625) 400.
III 1 § 1* de tigno juncto I (204) 371 ff.
IV 1 § 15* si is, qui testam. III (679) 569.
— 1 § 2* — III (681) 592.
V unic. pr. furti adv. naut. III (648) 463.
— unic. § ult.* — III (648) 464 ff.
VII 1* arbor. furt. caesar. III (572) 57. (682) 593.
— 6 § 2* — I (329) 633 ff. 635 ff.

Tit. lex.
VII 7 § 6 u. 7 arbor. furt. caesar. III (682) 593.
— 11* — III (572) 57.
VIII 1* vi bonor. raptor. III (572) 57.
— 2 pr. — III (680) 576.
— 2 § 10* u. 26* III (572) 58.
— 2 § 13 — III (680) 576.
— 2 § 27* — I (145) 216.
— 4 pr. — III (683) 593.
IX 1 pr. de incendio, ruina III (684) 593.
X 1 pr. do injuriis III (701) 631.
— 5 pr. — III (701) 631.
— 5 § 9* — II (429) 81.
— 13 pr. — III (701) 632.
— 15 § 2 — III (701) 631.
— 15 § 25 u. 26 — III (701) 631.
— 15 § 34* — III (572) 55.
— 15 § 46* — III (572) 57 ff. (701) 631.
— 25* — III (572) 57.
— 37 § 1 — III (701) 632.
XII 3 pr. de sepulchro violato III (685) 594.
XX 2* stellionatus I (47) 86.
XXII 3 pr* de colleg. et corpor. I (56) 98.

Lib. 48.

IV 7 § 3 ad leg. Jul. majest. I (25) 56.
V 6 pr* ad leg. Jul. de adulter. III (572) 52. 57.
— 30 § 1* — I (196) 338.
VII 7* ad leg. Jul. de vi priv. I (133) 187 ff.
X 18 § 1* ad leg. Cornel. de fals. I (265) 494.

Lib. 49.

IV 1 § 5 u. 6* quando appellandum sit I (196) 338. (272) 508.
XIV 1 § 1* de jure fisci II (564) 575.
— 2 § 2* — III (708) 646.

Tit. lex.
XIV 3§10* de jure fisci I (309) 564.
— 6* — I (375) 842. III (575) 121.
— 11* — II (564) 575.
— 17* — III (594) 221.
— 28* — I (386) 874 ff.
— 35* — II (508) 355.
— 37* — III (594) 221.
— 45§4* — III (618) 365.
— 45§5* — III (708) 645.
XV 10 pr* de captiv. et postlimin. I (33) 69.
— 12§12* — I (377) 853.
XVII 7* de castrensi pecul. I (474) 295.
— 8 — I (234) 433.
— 9* — I (301) 556.
— 11 — I (234) 433.
— 15§2* — II (397) 10.

Lib. 50.

I 19 ad municip. I (55) 96.
— 25* — I (53) 93.
XI 1* de nundin. I (116) 172.
XII 1§1 de pollicit. III (615) 345.
— 2 — III (615) 345.
— 3 pr. — 5* — 9 — III (615) 344. 345.
— 13§1* — I (93) 135.
XIII 1 de extraordin. cognit. III (650) 467. 468.
— 1§13* — III (591) 215.
— 5§1—3 — I (46) 84. 85.
— 6 — III (699) 629.
XIV 3 de proxeneticis III (650) 468.
XVI 25 pr. de V. S. I (295) 539.
— 28 pr. — I (317) 591.
— 53 pr* — I (264) 491.
— 98* — I (197) 342 ff.
— 109* — I (321) 602 ff.
— 129 — I (32) 64.
Tit. lex.
XVI 132 pr. de V. S. I (196) 335.
— 132§1 — I (32) 65.
— 134* — I (196) 335. 339.
— 142* — II (496) 319.
— 151 — II (395) 7.
— 178§2 — I (135) 192.
— 203 — I (41) 82.
XVII 5 de R. J. I (81) 115.
— 7* — II (397) 9.
— 9 — I (102) 158.
— 12 — I (102) 159.
— 17* — III (589) 190.
— 23* — I (107) 163. III (691) 610.
— 29* — I (101) 158. II (540) 508.
— 30 — I (211) 386.
— 34* — II (494) 315.
— 35 — II (460) 207.
— 39* — III (591) 206.
— 45 pr. — III (604) 271.
— 46* — III (625) 393.
— 47 pr* — III (659) 493.
— 48 — I (81) 115.
— 53* — III (625) 396.
— 58 — I (241) 449.
— 60* — III (664) 509. 510.
— 63 — I (160) 253.
— 67 — I (102) 158.
— 68* — III (575) 118.
— 73§3 — II (433) 97.
— 73§4* — III (608) 288.
— 76 — I (498) 333. 334.
— 77* — I (89) 130. (93) 132.
— 82 — I (121) 175.
— 85 pr. — I (102) 159.
— 85§1 — I (100) 157.
— 96 — I (24) 54. (102) 158.
— 101* — I (194) 331. 332. (196) 338.

Tit. lex.
XVII 112* de R. J. I (126) 183. III (575) 114.
— 116 pr* — III (605) 281.
— 129 pr* — III (697) 622.
— 130* — III (572) 54 ff.
— 136 — I (303) 561.
— 137* — I (320) 599.
— 151* — III (571) 37.
— 153 — I (206) 376.
— 157 § 1 — I (332) 648.
— 160 § 1 — I (55) 97.
— 161* — I (94) 140. (147) 221.
— 173 pr* — I (174) 290.
— 173 § 3* — III (618) 348. 356.
— 178 — I (100) 158.
— 179 — I (102) 159.
— 193 — II (395) 6.
— 203 — III (571) 42.
— 205 — I (178) 302.
— 201* } — II (540) 509.
— 210 }
— 206 — I (310) 567.

Coder.

Lib. 1.

II 22 § 1* de S. S. eccles. I (26) 59.
— 23* — I (148) 230.
— 23 pr* § 1* — I (311) 574 ff.
III 34* de episc. et cleric. I (235) 435.
— 46* — I (60) 101.
— 50* — I (235) 435.
IV 3* de const. princ. I (24) 52.
V 4 auth. credentes de haer. II (429) 82.
XIV 5* de legib. I (21) 46. (26) 58. (384) 870. III (628) 410.
— 7* — I (26) 58. 61.
Tit. lex.
XVII 2 § 23* (Const. Tanta) de vet. j. enucl. I (26) 58.
— 2 § 6* — II (496) 318.
— 3 § 6* (const. *Δέδωκεν*) II (496) 318.
XVIII 10* de jur. et facti ignor. III (625) 397 ff.
— 11* — I (83) 122.
LIII unic. i. f.* de contr. jud. I (26) 59.

Lib. 2.

I 5* } de edendo III (708) 644 ff.
— 6* }
— 8* }
III 2* de pactis III (517) 397.
— 19* — II (396) 7.
— 20* — I (311) 568. (350) 753.
IV 1* de transact. III (573) 98.
— 6* — III (599) 236.
— 20 — III (669) 515.
— 32* — III (668) 512.
— 38 — III (668) 512.
— 41 — III (669) 515.
XIV 2* ne lic. potentior. patroc. litigantib. III (574) 109.
XX 3* de his, quae vi I (185) 320.
— 5* — III (605) 283.
XXI 4* de dolo malo III (599) 235. 236.
— 8* — I (180) 310.
XXII 1* de in integr. rest. minor. I (183) 317.
— 3* — I (291) 530.
XXIII (1) 2* de filiofam. minore I (183) 316.
XXIV (XXIII) 1* de fidej. minor. I (183) 315.
— 2* — I (183) 314.
XXVIII 1* si adv. vendit. I (170) 265.
XXXIV 2* si adv. delict. II (565) 581.

Tit. lex.
XLI 3* in quib. caus. in in integr. rest. III (588) 196.
— 4 — I (273) 509. 510.
— ult. 5* — I (148) 229. (317) 583 ff.
LIII 7* de temp. in integr. rest. I (180) 307 ff.
LVI 1 de rec. arbitr. III (670) 518.

Lib. 3.

I 3* 4* de judiciis I (160) 258.
— 14 — I (159) 246.
VIII 1* de ord. jud. I (173) 281.
IX unic. de litis contest. I (159) 246.
XIX 2* ubi in rem act. I (332) 640. 646.
XXVIII 3* de inoff. test. II (479) 270.
— 10* — II (478 (266. (565) 576. 577.
— 14* } — II (481) 276.
— 16* }
— 27* — II (474) 252 ff.
— 28* — II (478) 265 ff.
— 29* — II (516) 390.
— 30* — II (483) 282 ff. (486) 297.
— 32* — II (476) 261 ff. (469) 232.
— 34* — II (407) 30. 31. (478) 265 ff. (480) 274.
— 36 pr* — II (476) 261 ff.
— 36 § 2* — II (478) 265 ff.
XXIX 1* dc inoffic. donat. II (482) 281 ff.
— 2* — II (482) 281.
— 5* — II (482) 280 ff.
— 6* } — II (482) 281 ff.
— 7* }
— 8* — II (482) 279 ff.
Tit. lex.
XXX unic* de inoffic. dotib. II (482) 282.
XXXI 4* de P. H. III (593) 219.
— 5 fin* — II (508) 355.
— 7* — I (136) 193. (320) 596.
— ult* — II (508) 353 ff. 354.
XXXII 2* de R. V. I (329) 633 ff.
— 5* — I (329) 634 ff. (333) 656.
— 8* — I (332) 650.
— 10* — I (332) 644.
— 16* — I (329) 634.
— 22* — I (333) 655.
— 28* — I (335) 664.
XXXIII 12 de usufr. et habit. I (356) 784.
— 13 — I (349) 749.
— 16* — I (357) 785 ff.
XXXIV 1* de servit. et aqua I (342) 726. (351) 761.
— 2* — I (351) 761 ff.
— 6* — I (340) 717.
— 13* — I (357) 785 ff.
— 14* — I (350) 752 ff.
XXXVI 18* famil. hercisc. II (515) 384.
— 24* — II (536) 483 ff.
XXXVIII 3 comm. utriusque jud. III (657) 486.
— 7* — III (610) 325.
XXXIX 2* 5* 6* fin. reg. I (317) 590. III (658) 489 ff.
XXIV 3* dc relig. III (593) 219.

Lib. 4.

I 1 de reb. cred. III (671) 519.
— 3* — I (171) 269.
V 8* de cond. ind. III (625) 401.
— 10* — III (569) 17.
VI 3* de cond. ob caus. dator. I (299) 552.

Tit.	lex.	
VI	8	de cond. ob caus. dator. I (98) 157.
—	10*	— III (591) 209 ff.
VII	7*	de cond. ob turp. caus. III (588) 200.
VIII	1*	de cond. furt. III (679) 573.
—	2*	— III (588) 200.
IX	3*	de cond. ex lege I (326) 624.
X	1	de O. et A. III (574) 100.
XI	unic*	ut actt. ab hered. III (608) 291.
XV	5	quando fisc. III) 574) 100.
XIX	4* u. 12*	de probat. I (332) 643.
XXI	17*	de fide instrum. I (26) 59. III (613) 336. (644) 459.
—	22*	— III (708) 644.
XXII	1	plus valere, quod agit. I (85) 127.
XXVI	7 § 1*	quod cum eo I (243) 452.
XXVIII	3*	ad SCtum Maced. I (245) 454 ff.
—	7 pr*	— I (88) 129 ff.
—	ult. § 1*	— I (245) 457.
XXIX	6 § 1*	ad SCtum Vellej. III (577) 130.
—	8*	— I (177) 300.
—	13*	— III (581) 150.
—	16*	— I (177) 300.
—	22*	— III (581) 152 ff.
—	23 pr*	— III (581) 154 ff. 158 ff.
—	23 § 2*	— III (581) 146. 155 ff.
—	24* } — 25* }	— III (581) 159 ff.
XXX	13*	de non num. pec. III (600) 245.
XXXI	4*	de compensat. III (618) 349 ff.
XXXI	14*	de compensat. III (618) 350 ff.
XXXII	4*	de usuris I (364) 800. 801. (370) 822. (382) 864.
—	18*	— I (76) 111 ff.
—	19*	— I (392) 898. III (617) 347. (589) 202.
—	21*	— III (589) 202.
—	22*	— I (370) 823. (382) 864.
—	26* } — 27* }	— I (26) 59.
XXXV	13	mandati III (660) 495.
—	22*	— III (576) 122 ff.
—	23*	— III (576) 123 ff.
XXXVIII	4*	de contrah. emt. II (482) 282.
XXXIX	1	de heredit. v. act. vend. II (517) 398. (564) 573.
—	2	— II (517) 397.
—	5	— II (517) 398.
—	7	— I (368) 812.
—	8	— III (574) 100.
XLIV	1*	de resc. vend. III (605) 279.
—	2*	— I (175) 297. III (611) 326 ff. (641) 449.
—	5*	— III (605) 279. 283.
—	8*	— III (611) 326 ff.
—	10*	— I (177) 303. III (605) 277.
—	16*	— I (379) 859.
XLV	1	quando liceat. III (621) 382.
XLVI	1*	si propter public. pensitat. I (386) 874 ff.
XLVIII	2*	de periculo et comod. rei vend. III (635) 432 ff.
XLIX	2*	de A. E. V. III (634) 429.

Tit. lex.
XLIX 5 de A. E. V. III (538) 196.
— 10* — III (588) 194.
— 14* — III (609) 309.
L 1,2 u. 8* si quis alteri vel sibi I (332) 649 ff.
— 6* — III (608) 288 ff.
LI ult* de reb. alien. n. alien. I (299) 552.
LIV 1* } de pact. int. emt. et
— 4* } vend. I (96) 154.
— 11* — I (332) 644.
— ult* — I (299) 552.
LVII 5* si mancip. I (299) 552.
LXI 6 pr. de bon. quae lib. I (236) 436. 437 ff.
— 6 § 2* — I (236) 438 ff. (237) 442. 443.
— 8 pr* — I (237) 444.
— 8 § 3* — I (236) 440.
— 8 § 4* — I (236) 438. 439.
— 8 § 5* — I (236) 439.
LXIV 1* 4* 5* 7* de rer permut. III (599) 238 ff.
— 2 — III (638) 445.
— 6* — III (599) 237.
LXV 3 de loc. et cond. III (643) 451.
— 5* — I (372) 832. (376) 850. III (643) 451. 452.
— 13* — III (573) 75.
— 25 } — III (642) 451.
— 33 }
LXVI 1* de jure emphyt. I (358) 790. (359) 791.
— 2* — III (588) 192.

Lib. 5.

III 16 de donat. ante nupt. I (212) 387.
IV 24* de nupt. I (196) 340.
V 6* de incest. et inutil. nupt. II (404) 26. (413) 47. (428) 76.

Tit. lex.
IX 6 § 2* de sec. nupt. I (369) 820. (375) 844.
— 8 § 4 u. 5* — I (375) 841. 849 ff.
XI 1* de dot. promiss. I (216) 390 ff.
— 6. 7 — I (216) 389.
XII 1* de jure dot. I (217) 393. 396.
— 9* — III (594) 224 ff.
— 12 — I (218) 398.
— 14* — I (216) 391.
— 26* — III (608) 288.
— 30* — I (218) 399 ff. (220) 403.
— 31 § 2* — I (216) 390 ff.
XIII unic* § 13* de rei ux act. I (220) 407 ff.
XV 2* de dote cauta I (225) 421.
XVI 25* de donat. int. vir. et ux. I (88) 128 ff. II (515) 384.
XVII 8 § 7* de repud. II (488) 305 ff.
XVIII 4* soluto matrim. I (220) 408.
XXI ult. rer. amotar. I (226) 423.
XXVII 10* de natur. lib. I (256) 474.
— 11* — I (256) 474.
XXVIII 3* de test. tutel. I (265) 493 ff.
XXXV 3* quando mulier. tut. off. III (581) 154.
XXXVII 9* } de admin. tutor. I
— 22* } (216) 391 ff.
XLII 3 de tut. vel. curat. qui satis n. ded. I (273) 509.
LI 3* arbitr. tut. I (332) 650.
LIII 2* de in lit. jur. I (171) 268.
LIV 1 de hered. tut. et curat. I (284) 523.
LIX ult. de auctorit. praest. I (279) 513.

Tit.	lex.	
LXX	7*	de curat. fur. II (456) 192 ff.
—	7 § 2, 3 u. 8	— II (511) 368.
LXXIV	3	si major factus I (277) 512.

Lib. 6.

II	9*	de furt. III (588) 200.
—	20*	— III (572) 53.
IX	ult.	qui admitt. ad b. p. II (499) 340.
XIV	3*	unde liberi II (407) 31.
XX	4*	de collat. II (516) 389.
—	13*	— II (515) 384.
—	17*	— II (516) 390 ff. (515) 382.
—	19*	— II (516) 393 ff.
—	20*	— II (516) 390 ff.
—	21*	— II (515) 382. 385.
XXI	6*	de test. milit. (455) 179.
XXII	8	qui testam. fac. poss. II (466) 213.
XXIII	8*	de testam. II (444) 142.
—	9*	— II (444) 138.
—	15*	— II (433) 102. (449) 148.
—	19	— II (447) 146.
—	21 pr*	— II (444) 141. (445) 144.
—	21 § 5*	— II (460) 204.
—	27*	— II (460) 207 ff.
—	28 pr*	— II (444) 143.
—	29*	— I (26) 60. II (428) 72.
—	31	— II (463) 211.
XXIV	7	de hered. instit. I (248) 459.
—	13*	— II (449) 155 ff.
—	14*	— II (433) 99.
XXV	8*	de inst. et subst. II (433) 100.
—	4*	— II (469) 230 ff.
—	9*	— II (453) 178 ff.
XXVI	4*	de impub. et al. subst. II (453) 179.
—	8*	— II (453) 179.
—	9*	— II (456) 186 ff.
—	11*	— II (449) 168.
XXVIII	3	de lib. praeter. I (102) 159.
—	4*	— II (486) 298. (467) 217.
XXIX	2* u. 3*	de postum. hered. instit. I (32) 65 ff.
—	4*	— II (468) 229.
XXX	18 § 1	de jure delib. II (491) 309.
—	19*	— II (499) 339. (491) 310.
—	20*	— II (454) 182 ff.
—	22*	— II (516) 397.
—	22 § 1*	— II (499) 339.
XXXI	6*	de repud. hered. I (175) 297.
XXXIII	2*	de edicto D. Hadr. toll. II (510) 367.
—	3*	— I (320) 596.
—	ult*	— II (510) 365 ff.
XXXIV	1*	si quis aliqu. test. prohib. II (331) 88.
XXXVI	8 § 3*	de codicill. II (526) 440. 444.
XXXVII	10	de legatis II (548) 524.
—	23*	— II (449) 163 ff.
—	24*	— II (521) 407.
—	25*	— II (565) 579.
—	26*	— II (434) 105 ff.
XLII	31*	de fideicomm. II (527) 450.
—	32 § ult*	— II (528) 452 ff.
XLIII	1*	comm. de legat. et fideic. II (531) 457 ff. I (311) 574.
—	2*	— II (519) 400. (556) 546.
—	3 § 2*	— II (532) 461.
—	ult § ult.	— II (610) 325.

Tit. lex.
XLV 2* de his, quae sub modo II (522) 416.
XLVI 4* de cond. insert. II (435) 123.
XLIX 2* ad SC. Trebell. II (556) 546. 547. (559) 552.
— 6* — II (536) 492.
L 15* ad leg. Falcid. II (538) 498.
LI unic. 3* de caduc. toll. II (496) 328.
— unic. §4* — II (516) 392. (496) 329.
— unic. §5* — II (491) 311.
— unic. §10* — II (496) 323 ff.
— unic. §11* — II (522) 417. (547) 519 ff.
LII unic* de his, qui ante apert. tab. II (491) 309 ff.
LVI. (LVII) 2* ad SC. Tertull. II (421) 68 ff.
— 7§1* — II (416) 59.
LVIII 10 de legit. hered. I (269) 501.
— 13* — II (417) 61.
LIX 11* comm. success. II (409) 35.
LX 1* de bonis matern. I (236) 439 ff.
— 3* — II (415) 51 ff.
— 6pr* — II (409) 37.
LXI 6pr. §2* de bonis, quae lib. I (236) 436. 438 ff. (237) 442.
— 6* — II (515) 385.
— 8pr* — I (237) 444.
— 8§3* — I (236) 439 ff.

Lib. 7.

II 3* de testam. manum. II (539) 501.
XIV 5* de ingen. manum. I (144) 212.
XXVI 2* de usuc. pro emt. I (317) 591.
XXVI 6* de usuc. pro emt. I (317) 587.
— 8* — I (320) 600.
XXXI unic* de usuc. transform. I (816) 579 ff. (322) 601. 609.
XXXII 3* de poss. I (204) 365 ff.
— 5* — I (202) 361.
— 12* — I (209) 380. 381.
XXXIII 1* de praescr. l. temp. I (317) 591.
— 12* — I (351) 763 ff.
XXXIV 2* in quib. caus. cess. I (315) 579.
XXXV 3. 4* quib. non objic. I (317) 583. 584.
XXXIX 3* de praescr. 30 vel 40 annor. I (146) 219. (147) 220. (148) 229. (151) 236. (178) 305.
— 4* — I (148) 229.
— 7* — I (151) 236.
— 7§2 u. 3* — I (377) 853.
— 7§4* — I (147) 221. 222.
— 8pr* §1* §4* I (147) 227. (315) 579. (325) 614 ff. (351) 766. (360) 793.
— 9* — I (152) 237. 238.
XL 1§1 de annal. exc. I (147) 221. (152) 238.
— 1§2* — I (317) 585.
— 2* — I (150) 232. (160) 250.
XLVII unic* de sentent. quae pro eo, quod III (571) 46 ff. (614) 339.
LII 4* de re jud. I (188) 328.
LIII 4* de execut. rei jud. I (174) 295.
LXIII ult* de temporib. appellat. (194) 332.

Tit. lex.
LXXII 5* de bon. auct. jud. II (564) 576.
LXXIII 2* de privileg. fisci. I (386) 876 ff.

Lib. 8.

II 1* quor. bonor. I (509) 360 ff. 362 ff.
— 2* — I (320) 596.
— 3* — II (509) 358 ff.
IV 7* unde vi I (133) 188. 190. (171) 269. III (690) 604.
VI unic* ut possid. I (336) 672 ff.
IX 1 de precar. et Salv. interd. I (390) 891.
X 12* de aedific. priv. I (342) 726.
XI unic de n. oper. nunt. III (676) 539.
XIV 2 de pignorib. I (389) 887.
— 3* — I (390) 893 ff.
— 13* — I (383) 867.
— 19* — I (107) 162.
XV 3* in quib. caus. pign. I (370) 823 ff.
XVI 6 si aliena res pign. I (372) 829.
XVIII 5* qui potior. in pign. I (377) 853 ff.
— 6* — I (380) 861.
— 7* — I (369) 820. (386) 875.
— 9* — III (594) 222.
— 11* — I (387) 882 ff.
— 12 § 1* — I (386) 879 ff. III (594) 225.
XX 1* si antiqu. cred. I (380) 861.
XXII 2 de praet. pign. I (373) 839.
XXVI 11* de remiss. pign. I (369) 816. 820.
XXVII unic. etiam ob. chirogr. pec. I (382) 864 ff.
XXVIII 3 u. 5* de distract. pign. I (379) 859 ff.
— 9 — I (389) 887.
XXIX 2* debit. vend. pign. impedire n. posse I (379) 859.
XXX 1* si vend. pign. III (610) 326.
XXXI 2* de luit. pignor. I (151) 236.
— 3 — I (392) 898.
XXXII 1 } si unus ex plurib. hered.
— 2 } I (363) 802.
XXXIV 3 § 1* de jure domin. impetr. I (379) 857 ff.
XXXV. (XXXVIII) 1 § 2* de pact. pign. I (383) 867. 868.
— 3* — I (383) 867 ff.
XXXVI 3* de exc. I (139) 204.
XXXVII 3. 4* de litigios. I (160) 258 ff.
XXXVIII 11* de contrah. stipul. III (608) 291.
— 12* — III (588) 192. (614) 337.
XL 2* de duob. reis stipul. III (573) 70 ff. 72.
— ult* — III (573) 63. 65.
XLI 11* de fidejussorib. III (573) 72.
— 28* — I (173) 287. III (573) 91. 92.
XLII 3 de novat. III (574) 99.
— 8 — III (619) 367.
XVIII 1* de solut. III (589) 202.
XLV 5* de evict. III (607) 284.
— 27* — III (610) 325 ff.
— 31* — I (334) 660. 661.
XLVIII 5 de adopt. I (253) 471.
— 10* — I (250) 464. II (412) 42 ff. (474) 249 ff.

Tit. lex.
XLVIII 10 pr* de adopt. I (250) 465. (258) 480.
— 10 § 1* — I (236) 441.
— 10 § 4* — I (250) 463 ff.
— 11* — I (249) 459.
XLIX 6 de emancipat. lib. I (257) 477.
LIII 1 quae sit longa consuet. I (17) 45.
— 2* — I (16) 42 ff.
LIV 1 de donat. I (203) 363.
— 3* — III (574) 106.
— 9 — I (98) 156.
— 26* — II (204) 367.
— 33* — III (574) 102. 103.
— 34* — II (563) 569.
— 34 § 4* — I (122) 179 ff.
— 35* — I (226) 422.
LVI 7* de revoc. donat. I (299) 552.
— 8 — I (124) 181.
— 10 — I (124) 180. 181.
LVII 4* de donat. mort. csa. II (562) 652 ff. (563) 567 ff

Lib. 9.

VIII 5* ad leg. Jul. maj. II (404) 25.
XXXII 4* de crim. exp. heredit. I (326) 624.
XXXV 8* de injur. III (572) 55.
LI 13 § 2* de sentent. passis et rest. I (237) 443.

Lib. 10.

VII unic* poen. fiscal. credit. praef. III (594) 221.
X 3* u. 5* de bonis vacant. II (564) 576. 577.
XXXI 65 i. f. de decurionib. I (26) 58.
Tit. lex.
XXXIX 7 de incol. I (41) 82.
XLIX 3* qui aetate vel prof. se excus. I (271) 506. 507.
XLIV 1 § 2* de excusat. artific. I (271) 505.

Lib. 11.

XXXII 2* de debitorib. civit. I (375) 842.
L 5* in quib. caus. in integr. rest. I (317) 585.
LVIII 8* de omni agro deserto I (313) 576. 577.
LXI ult* de fundo patrim. I (148) 230.

Novellen.

Nov. 1 cap. 2 i. f* II (459) 198 ff.
— — c. 1* u. 2* II (494) 317.
— — c. 2 § 2* u. c. 3* II (538) 495 ff.
— 4 c. 1* III (573) 78 ff. (578) 141. (579) 143.
— 7 c. 5* III (610) 325.
— 12 c. 1* II (404) 26. (413) 47. (428) 76.
— 18* II (467) 219.
— 18 praef. u. cap. 1* II (475) 255 ff.
— — c. 5* II (413) 45 ff.
— — c. 6* II (516) 391.
— 19 praef. in fin* I (26) 60.
— 22 c. 24* I (317) 585.
— — c. 27* I (227) 425. 426.
— — c. 44* I (375) 847 ff. II (436) 131.
— — c. 46 u. 47* II (565) 582.
— 23 c. 1* I (196) 339.
— 39 praef* II (532) 461.
— — c. 2* I (227) 429. (47) 89.
— 53 c. 6* II (488) 303 ff.
— 61 c. 1 § 1* III (581) 152.

Nov. 66* II (475) 256.
— — c. 1 § 4 u. 5* I (26) 60.
— 72 c. 5* III (574) 111.
— 74 praef* I (256) 474.
— — c. 2* I (256) 475. 476.
— — c. 6* II (413) 47.
— 87 praef. II (562) 563 ff.
— 89 c. 8 I (255) 474.
— — c. 9* } I (256) 475 ff.
— — c. 10* }
— — c. 12* II (413) 45 ff. (429) 81.
— — c. 14* I (265) 493 494.
— — c. 15* II (413) 47.
— 90 c. 1* II (444) 139.
— 91 I (386) 879.
— 92 II (482) 278 ff.
— 97 c. 3* u. 4* I (386) 875 ff.
— 98 c. 1* I (375) 845 ff.
— 99 III (573) 67. 74. 78 ff.
— 107 c. 1 u. 2 II (449) 153. (464) 212.
— 111* I (148) 230.
— 112 c. 1* I (160) 258 ff. (389) 890 ff.
— 115 praef. u. c. 1 I (26) 59 II (453) 181. (484 ff.) 283 ff.
— — c. 3* } II (474) 284 ff.
— — c. 4* } (485 ff.) 290 ff.
— — c. 5* } (449) 153.
— — c. 6* III (579) 144.
— 117 c. 1* II (428) 73.
— — c. 5* II (488) 303 ff.
— 118* I (267) 498. II (411 ff.) 39 ff.
— — c. 1* u. 3* II (414) 49. (416) 53 ff. (516) 386.
— — c. 1 u. 4* II (412) 43.
— — c. 2* (416) 58 ff.
— — c. 5 I (266) 495. III (581) 154.
— 119 c. 7* I (317) 590.
— — c. 8 I (322) 606.
— 123 c. 19* I (235) 435.
— 127* II (414) 49. (416) 54 ff.
— 131 c. 12* II (558) 498 ff.
— 134 c. 8* III (581) 147. 160 ff.
Nov. 135* I (174) 295.
— 136 praef. u. c. 1 III (579) 144.
— 143 i. f* I (26) 60.
— 155* I (177) 304.
— 162 c. 1* I (225) 423.

Dekretalen Gregors IX. (lib. X).

Lib. 1.

Tit. cap.
II 2 de constitut. I (26) 58.
IV ult* de consuetud. I (16) 44.
XLI 10* de in integr. rest. I (188) 328.
XLII 2* de alienat. jud. mut. csa. III (574) 110.

Lib. 2.

V unic. de lit. contest. I (159) 246.
XIX 9* de probat. I (336) 681.
XXII 14* de fide instrum. III (600) 247.
XXVI 4* de praescript. I (321). 604.
— 5 — I (149) 231.
— 20 — I (149) 231. (321) 601. 604.
XXVII 26 de sentent. et re jud. I (102) 159.
XXVIII 44* de appellat. I (12) 39.

Lib. 3.

XVII 3* u. 6* de emt. et vend. III (611) 331.
XVIII 3* u. 4* de loc. et conduct. III (643) 452.
— 4* — III (588) 192.
XXI 7* de pignorib. I (383) 869.
XXIII 3* de solut. I (174) 295.
XXVI 13* de testam. II (432) 96 ff.

Lib. 4.

VII 5* de eo, qui duxit I (260) 481.
XVII 6* qui filii sint legit. I (255) 473.
— 13* — I (260) 481. 482.
XXI 4* de sec. nupt. I (228) 429.

Lib. 5.

Tit. cap.
XVI 1* de adulter. I (216) 392.
XXXII ult* de N. O. N. III (676) 539.
XXXIII 6*15* de privileg. I (116) 172.

Liber sextus.

Lib. 1.

XIV 3* de sent. et re jud. I (160) 250.
XXI 1*u.2* de restit. I (180) 310. 311.

Lib. 3.

VII 8* de concess. praeb. I (113) 170.
XI 1* de testam. II (453) 181.
XII 4* de sepult. II (428) 74.

Lib. 5.

V 2* de usur. II (428) 75.
XXI 2*2* de restit. I (180) 310.

De regulis juris.

Reg.
31* III (588) 192.
37 I (100) 157.
66* II (435) 122.

Clementinae.

Lib. 1.

Tit. XI Cl. unic* de restit. I (180) 311.

Lib. 5.

Tit. V Cl. 1 § 1 de usur. III (708) 646.

Deutſche Reichsgeſetze.

Notar. Ordnung v. 1513 tit. I v. Teſt. § 2 II (461) 210.
Notar. Ordnung v. 1512 tit. I v. Teſt. § 4* II (428) 72.
Notar. Ordnung v. 1512 tit. I v. Teſt. § 5* 6 u. 7 II (444) 139. 143. (445) 144. 145.
Notar. Ordnung v. 1512 tit. I v. Teſt. § 9* II (466) 213. (444) 139. 141.
Reichs-Abſchied v. Speier 1529 II (416) 57. 58.
Peinl. G. Ordnung v. 1532. Art. 104 I (52) 91.
Peinl. G. Ordnung Art. 105* I (25) 56.
Peinl. G. Ordnung Art. 110* II (428) 76.
Peinl. G. Ordnung Art. 131* I (32) 67.
Peinl. G. Ordnung Art. 209* I (325) 615.
R. Polizei-Ordnung von 1549 tit. 31 § 1 I (292) 531.
R. Abſchied v. 1551 § 79 III (574) 112.
K. G. Ordnung v. 1555 I (53) § 10. III (699) 629.
R. Abſchied v. Regensburg v. 1576. §. 76. III (570) 29.
R. Polizei-Ordnung von 1577 tit. 20 §. 4* III (574) 112.
R. Polizei-Ordnung von 1577 tit. 32 § 2 I (273) 509.
Deput. Abſchied v. Speier v. 1600 § 139* III (571) 41 ff.
J. R. Abſchied v. 1654 § 48* III (618) 366.
J. R. Abſchied v. 1654 § 118* I (188) 328.

Anderweite Belegſtellen.

Athanasius Scholast. Nov. Just. tit. IV const. 22 III (581) 160. 162.
— — — tit. IX const. 1 II (459) 202.
— — — tit. IX 2* II (475) 256.
— — — tit. IX const. 10* II (416) 60.
— — — tit. X const. 2 I (375) 848.
— — — tit. XV const. 2 III (573) 79.

Basilik. III 4. 19* I (326) 626.
— X 4. 3* § 4* I (183) 316.
— XIII 2. 26* III (630) 418.
— XV 4. 13* III (707) 636 ff.
— XVI 8. 39* I (357) 786.
— XVIII 1. 20* III (661) 500.
— XIX 1. 37* III (632) 426.
— XIX 1. 63* III (632) 428.
— XIX 10. 34* III (609) 309.
— XIX 1. 11. 18* III (610) 324.
— XXIII 3. 43* III (574) 119.
— XXIV 10. 28 III (618) 364.
— XXVI 5. 95 III (620) 380.
— XXXV 2. 7* II (444) 143 ff.
— XXXV 11. 29* II (449) 151.
— XLI 7. 36* II (575) 383.
— L 3. 4 § 19 I (326) 626.
— L 10. 4 I (316) 581.
— LIII 1. 1* III (648) 464.

Cicero pro Rosc. I (139) 197.
— pro Caecina c. 31. 32 III (690) 601.
— de inventione II 21* II (397) 9.
— de inventione II 44* I (24) 53.
— de inventione II 50* I (263) 488.
— de inventione II 56* I (293) 533.
— de natura deor. III 30 I (185) 319.
— in Verrem I 44—46* II (398) 13.
— in Verrem I 47* II (434) 112.
— Topic. 8* in fin. I (121) 176.

Capitolinus in Marco c. 10* I (291) 528 ff.

Codex Gregorian. III 2 const. 2* I (329) 634.
— de famil. hercisc. const. 1* II (449) 153.

Cod. Theod. lex 2* de in integr. rest. 2. 16 I (180) 309.
— — l. 2* de inoff. testam. 2. 19 II (478) 265.
— — l. 3* } fin. reg. 2. 26. III
— — l. 4* } (658) 489 ff.
— — l. 5* }
— — l. 1. 4. 7* de contr. emt. 3. 1 III (611) 328.
— — l. 1 de testam. et cod. 4. 4 II (526) 444 ff.
— — l. 7 de testam. et cod. 4. 4 II (526) 440. 7 § 2* II (444) 142.
— — l. 5 de legit. hered. 4. 1 II (516) 393.
— — l. 41* de appellat. 11. 30 III (618) 365.
— — l. 22* quor. appell. non rec. 11. 36 II (509) 360.

Festus de V. S. s. v. contestari I (159) 247.

Fragm. de jure fisci § 8* I (160) 256.

Fragm. Pomponii * I (340) 712.

Gai. Inst. I 54* I (295) 341.
— — I § 162* I (34) 75.
— — II 30* I (344) 740.
— — II 31* I (350) 751 ff.
— — II 40* I (295) 541.
— — II 52* II (505) 344 ff.
— — II 57* I (320) 595.
— — II 106* II (444) 140.
Gai. Inst. II 119. 120* II (473) 247.
— — II 119—121* II (399) 20.
— — II 148* 149* II (473) 247.
— — II 179. 180* II (451) 171.
— — II 199* II (496) 319 ff.
— — II 207* 208* II (547) 521 ff.
— — II 244* II (540) 505.
— — II 254* II (536) 481.
— — II 286* II (521) 404.
— — III 34* II (509) 362.
— — III 122* III (573) 72.
— — III 126* III (578) 133.
— — III 150* III (655) 483.
— — III 158* III (608) 291.
— — III 179* III (619) 370.
— — III 195* III (679) 570.
— — III 215 III (681) 577. 578.
— — III 219* III (681) 584.
— — III 223. 224 III (701) 631.
— — IV 3* I (342) 730. 731.
— — IV 8 III (680) 576.
— — IV 36 I (303) 560.
— — IV 44 I (137) 194.
— — IV 45. 46. 49 I (133) 195.
— — IV 64—68* III (618) 352.
— — IV 117* I (160) 256.
— — IV 119 I (154) 242.
— — IV 126* III (607) 283.
— — IV 137. 139. 141 I (441) 210.
— — IV 144* II (505) 344. (509) 360.
— — IV 148* I (336) 675.
— — IV 157—160* I (336) 677 ff.
— — IV 166* I (336) 682.
— — IV 167* 168* I (336) 678.
Gai. Epitome II 1 § 3* I (342) 724.

Gell. N. A. I 12* I (34) 76 ff.
— — III 2* I (196) 336.
— — V 13* I (263) 490.
— — V 19* I (251) 467.
— — VII 15* III (679) 572.
— — XI ult* III (679) 571.
— — XV 13* II (444) 139.

Juliani Epit. Nov. const. 1 c. 2* II (459) 199 ff.
— — — const. 34* II (475) 256.
— — — const. 92 c. 348* III (573) 79 ff.
— — — const. 108 c. 381* (488) 306.
— — — const. 125* III (581) 162.
— — — const. 394* II (416) 60.
— — — const. 395* II (416) 56.

Lex Rom. Burg. tit. 45* II (467) 217.

Nov. Leon. 103* III (655) 483.

Paul. Rec. Sent. I 7. 1 I (135) 192.
— — — I 7. 2. I (178) 299.
— — — I 9. 6* I (183) 313.
— — — I 17. 2* I (351) 762.
— — — I 18. 4* II (514) 374.
— — — I 19. 2* III (668) 512.
— — — I 21. 15* III (594) 222. 223.
— — — II 5. 2* I (370) 824.
— — — II 5. 3* III (618) 356.
— — — II 13. 8* I (377) 853.
— — — II 14. 2 I (76) 112.
— — — II 31. 1* III (679) 571.
— — — III 6. 24* I (348) 746.
— — — IV 1. 15* II (532) 461.
— — — IV 5. 4* II (478) 263.
— — — V 2. 1 I (205) 375.
— — — V 2. 4* I (317) 582.
— — — V 6. 10* III (691) 610.
— — — V 6. 11* III (691) 606.
— — — V 6. 12* III (691) 612.
— — — V 6. 16* I (390) 893.

Seneca de benef. III c. 7* I (139) 198.
— epist. 81* I (76) 111.

Schol. ad Basilik. XI 1. 7* III (599) 237 ff.
— — — XII 1. 60* I (174) 294.
— — — XV 4. 13* III (707) 636 ff.
— — — XVI 6. 5* I (353) 769. 770.
— — — XIX 10. 34* III (609) 309.
— — — XXIII 1. 5 III (588) 195.
— — — XXIV 10. 28* III (618) 364.
— — — XXV III 8. 7 § 1* I (220) 415.
— — — XLVII 1. 66* I (122) 180.
— — — LX 3. 51* III (681) 587.
— — — LX 3. 63* III (681) 584.
— — — LX 10. 4* III (679) 574.
— — — LX 10. 15g* III (679) 574 ff.
— — — LX 10. 15h* III (679) 574 ff.
Schol. ad Basil. LX 12. 1* III (679) 571.
— — — LX 12. 48 § 6* I (326) 626.
— ad Harmenopul. III 3. 43* III (588) 195.

Sueton. Domit. c. 8* II (429) 79. 80.

Synopsis Basilik. LVIII 10. 1* III (677) 540.
— — p. 431 ed. Leunclav.* I (199) 350.

Theodor. Hermopol. Nov. Just. Nov. 134 Nro. 20 III (581) 161.
— — — Nov. 99 III (573) 80 ff.

Theophil. Inst. P. III 29. 2* I (199) 350. (200) 354.
— — II 13. 5* II (467) 218.
— — IV 1. 1* III (679) 571.
— — IV 6. 2* I (353) 768.
— — IV 6. 13* I (137) 194.
— — IV 6. 37* I (174) 289.
— — IV 6. 39* III (618) 363
— — IV 7. 1* I (240) 447.
— — IV 15. 3* I (390) 894.
— — IV 15. 5* I (199) 350.

Ulp. fragm. VI 13 I (23) 49.
— — XI 13* I (34) 75.
— — XI 14* I (264) 491.
— — XI 25* I (263) 489.
— — XXIV 21* II (521) 402.
Ulp. fragmentum de interd.* I (332) 647.

Vat. fragm. § 2* III (571) 43.
— § 90* 91* I (355) 779.
— § 245* I (271) 507.
— § 263* I (160) 247.
— § 270* II (482) 279.
— § 293* II (482) 282.
— § 294* I (225) 422.

Stanford Law Library
3 6105 062 384 834

3 side Lib